

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DROITS DES CRÉANCIERS D'UN COMMERÇANT SUR LE FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 16 Mars 1911, à 3 heures

PAR

ROBERT DELORME

Président : M. TISSIER, professeur
Suffragants { MM. LYON-CAEN, professeur
PERCEROU, agrégé

SAINT-AMAND (CHER)
IMPRIMERIE BUSSIÈRE
70, RUE LAFAYETTE, 70

1911

DROTS DES CHEVALIERS
D'UN COMMERCANT
SUR LE PONT DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses :
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

DROITS DES CRÉANCIERS

D'UN COMMERÇANT

SUR LE FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 16 Mars 1911, à 3 heures

PAR

ROBERT DELORME

Président : M. TISSIER, professeur

Suffragants { *MM. LYON-CAEN, professeur*
PERCEROU, agrégé



SAINT-AMAND (CHER)
IMPRIMERIE BUSSIÈRE
70, RUE LAFAYETTE, 70

1911

INTRODUCTION

1. — Le 19 mars 1909 le *Journal officiel* a promulgué une loi concernant le nantissement et la vente des fonds de commerce. Cette loi a été votée sur la proposition émanée en 1905 de M. le sénateur Cordelet, et, dans le langage courant, on la désigne fréquemment du nom de l'auteur de la proposition qui en a été l'origine. Elle a été complétée sur certains points de détail, et notamment pour la solution de quelques questions transitoires, la détermination des obligations et des émoluments du greffier, par la loi du 1^{er} avril 1909. Un règlement d'administration publique du 28 août est venu déterminer les conditions matérielles d'application soulevées par la loi nouvelle, auquel il faut ajouter deux circulaires du garde des sceaux du 24 mars et du 3 Avril 1909.

On a dit de cette loi qu'elle était surtout une loi d'affaires. Il faut entendre par là qu'elle règle surtout des questions d'intérêt pratique, en quelque sorte d'ordre tech-

nique. Mais elle soulève aussi d'importants problèmes théoriques, et réalise la mise en œuvre de principes nouveaux d'une gravité incontestable. Elle intéresse très directement trois catégories de personnes qui jouent un rôle considérable sur le théâtre de l'activité commerciale : les acheteurs et les vendeurs de fonds de commerce et aussi les créanciers qui ont fait confiance aux uns ou aux autres. C'est dire que, si elle touche à la transmission de l'instrument essentiel de l'activité économique du commerçant, elle tient aussi de très près à l'organisation du crédit commercial dont la sécurité est la condition indispensable de toute vie commerciale intense et régulière.

Son élaboration a été suivie avec une attention soutenue par les chambres de commerce, mandataires autorisés des intérêts en jeu dans la discussion.

Par contre :

On a peine à s'expliquer, en présence des intérêts vitaux auxquels elle se rattache, l'indifférence relative au milieu de laquelle s'est déroulée la discussion de cette loi, soit à la Chambre des députés, soit au Sénat ; c'est à peine si au Sénat quelques-uns des articles proposés ont fait l'objet d'un débat contradictoire — A la Chambre des députés pas un orateur ne s'est fait entendre pour soutenir ou pour combattre le projet.

2. — Ce n'est pas cependant que plusieurs parmi les dispositions qu'elle édicte n'aient pu donner naissance à des

discussions et à des controverses. Les difficultés qui se sont élevées dans la pratique au sujet de son application aussitôt après qu'elle a été promulguée, les controverses dont de nombreux commentateurs se sont fait déjà les interprètes et les échos prouvent que le texte ainsi voté ne répond pas entièrement à toutes les exigences des intérêts en présence et que les solutions adoptées ne sont pas de nature à écarter toutes les difficultés. Le seul point sur lequel on puisse, avant comme après le vote de la loi, être d'accord, c'est la nécessité d'un texte législatif sur la matière envisagée.

Le fonds de commerce, s'il est l'instrument indispensable de l'activité économique du commerçant, est aussi, dans la définition si large et si compréhensive que lui ont donnée la jurisprudence et la doctrine contemporaines, l'élément essentiel sinon exclusif de la fortune du commerçant. Il est du même coup le gage essentiel sinon exclusif de ses créanciers, la base à peu près unique de son crédit. Cependant, si le nantissement du fonds de commerce avait déjà fait, en 1898, l'objet d'une réglementation législative, d'ailleurs très insuffisante et très incomplète, aucune loi, jusqu'en 1909, n'avait réglé les conditions et les effets de la vente de ce fonds. C'est à peine si elle avait été prévue par le législateur au point de vue fiscal (V. loi 28 février 1872, art. 7. D. 72, 4, 12).

3. — Ce silence du législateur pouvait se comprendre à

la rigueur au moment de la rédaction du Code de commerce. A cette époque, la notion même de fonds de commerce était moins nettement dégagée comme entité juridique distincte. L'importance des éléments incorporels qui rentrent dans sa structure intime était moindre. Elle était surtout moins consciemment affirmée. La pratique en conséquence n'avait point encore, d'une manière courante, fait du fonds de commerce, envisagé comme tel, un instrument de Crédit ou l'objet de ventes globales. La loi de 1909 a eu pour but de combler cette lacune et de rétablir, suivant l'expression si souvent reprise de Rossi : « l'harmonie entre notre droit privé et notre droit économique ». Le développement de certaines manifestations nouvelles de l'activité économique a donné naissance à des problèmes législatifs nouveaux, car des intérêts considérables se sont progressivement affirmés qu'il a fallu réglementer et protéger. Le XIX^e siècle a été particulièrement riche en acquisitions légales de cet ordre surtout dans le domaine de la propriété intellectuelle. C'est plus particulièrement dans ce domaine en effet que des besoins nouveaux se sont marqués, car l'importance des droits qui rentrent dans sa sphère comme éléments du patrimoine s'est constamment accrue depuis un peu moins d'un siècle.

La loi du 1^{er} mars 1898 sur les nantissements de fonds de commerce se rattache dans une certaine mesure à ce mouvement, car le fonds de commerce comprend l'en-

semble des brevets d'invention, dessins et modèles, marques de fabrique, nom commercial, considéré comme marque d'origine des produits ou comme moyen de publicité, clientèle et achalandage, tous éléments incorporels, au même titre que les marchandises, ameublement, installations de tous ordres et de toute nature qui, pour être des éléments matériels, ne sont pas nécessairement ceux qui ont la plus grande valeur. En l'absence d'une législation spéciale à la matière, le fonds de commerce, considéré après quelques hésitations par la jurisprudence comme un meuble, mais dont la valeur n'en était pas moins toujours très considérable, devait être soumis aux règles que le Code de 1804 et de 1807 avait édictées pour les meubles, qui peuvent se caractériser : 1^o Par l'absence de tout droit de suite au profit des créanciers ; 2^o Le défaut de toute publicité pour les aliénations. Mais deux considérations rendaient cette réglementation à la fois insuffisante et mal adaptée.

Tout d'abord, les meubles avaient, à l'époque où le Code a été rédigé, fort peu d'importance par rapport aux immeubles pour lesquels le législateur a multiplié les mesures de protection et les garanties. L'on sait combien l'importance des biens mobiliers s'est accrue, depuis cette époque, comme éléments des fortunes contemporaines et quelles dispositions le législateur a dû prendre à raison de cette importance, notamment en matière de tutelle, et

aussi pour écarter, dans une certaine mesure, en ce qui les concerne, la règle de l'article 2279 du Code civil. D'autre part, si le Code n'a point organisé de règles spéciales à l'organisation du Crédit mobilier et des aliénations en matière mobilière, c'est à raison de l'absence d'assiette fixe des meubles, de la facilité avec laquelle ils peuvent être déplacés, dissimulés, dérobés, et de l'impossibilité qui en résulte d'assurer la réalisation de mesures efficaces de publicité qui doivent nécessairement être centralisées en un même lieu. La sécurité du créancier ne peut s'acquérir qu'au prix d'un déplacement du meuble ; le gage suppose, pour être efficace et pour être valable, que le créancier soit mis en possession du meuble dont le prix est spécialement affecté à son remboursement. Or, si le fonds de commerce a la valeur prépondérante dans le patrimoine du commerçant que nous lui avons assignée, il présente aussi ce caractère spécial de n'être point susceptible de déplacement, dans tous les cas pas de déplacement facile. Il a une assiette fixe à laquelle il est dans une certaine mesure nécessairement attaché, car l'achalandage notamment, le droit au bail, l'enseigne même, pourrait-on dire, dépendent de son maintien au lieu même où il a été créé. D'autre part, le commerçant qui veut utiliser son fonds comme moyen de crédit et qui désire l'affecter à la garantie de ses créanciers ne peut songer à s'en dessaisir à leur profit, car ce serait se condamner par là même à une complète

inaction et se mettre dans l'impossibilité d'utiliser les capitaux qu'il pourrait se procurer par de tels moyens. Au surplus, une telle dépossession n'est pas nécessaire, car l'obstacle existant ordinairement à l'organisation d'une publicité en matière mobilière ne se rencontre pas ici. La loi du 1^{er} mars 1898 est venue, très tard et très imparfaitement, donner au nantissement du fonds de commerce une organisation juridique répondant à ces nécessités en mettant en œuvre les possibilités ainsi dégagées.

Mais, de même que les lois propres à l'organisation du crédit mobilier ne peuvent normalement s'appliquer au fonds de commerce, il est aisé de concevoir également que les règles de la transmission de la propriété mobilière et l'application de la maxime, « en fait de meubles possession vaut titre », qui rend inutile une publicité qu'elle remplace, étaient également d'une insuffisance complète appliquées au fonds de commerce.

Si cette publicité résulte suffisamment pour les meubles ordinaires du déplacement matériel du meuble vendu, les intérêts des créanciers chirographaires ne sont affectés que médiocrement par la diminution qui atteint ainsi le patrimoine de leur débiteur ; les meubles ont peu de valeur. Au contraire les créanciers sont plus gravement menacés par la vente d'un fonds de commerce consentie par le débiteur — ce fonds de commerce est parfois leur gage exclusif car il constitue tout le patrimoine de ce débiteur ;

d'autre part, le déplacement résultant de la vente est moins apparent à raison de la fixité même du fonds. Il est moins immédiat aussi dans ses manifestations extérieures. Les tiers ne sont pas nécessairement avertis de la vente. Ils peuvent, nonobstant une cession consentie, faire confiance à l'ancien titulaire du fonds qu'à tort ils croient encore propriétaire, voir leur échapper le gage sur lequel ils comptaient et se heurter à l'insolvabilité de leur débiteur. Sur ce point encore une réforme législative était nécessaire, qui protégeât les créanciers chirographaires, comme la loi du 1^{er} mars 1898 avait organisé la situation des créanciers privilégiés. Il fallait mettre les créanciers en garde contre ces dangers. Il fallait aussi leur permettre, nonobstant la vente consentie et réalisée, de conserver leurs droits sur le fonds et, durant un certain délai qui devait leur être imparti, moyennant certaines mesures à prendre, de se mettre à l'abri de l'insolvabilité éventuelle de leur débiteur, postérieure et consécutive à cette vente. La loi du 19 mars 1909 est venue à son tour combler cette lacune et donner satisfaction à cette nécessité. Cette nécessité était si évidente que tout le monde des affaires était d'accord sur le principe. L'on peut s'étonner, alors qu'elle s'était imposée depuis longtemps déjà, qu'elle n'ait été prise en considération qu'aussi tardivement.

C'est que les lois sont non seulement dictées par les nécessités que révèle l'évolution économique, mais encore

n'aboutissent que lorsqu'elles correspondent à certains mouvements sociaux dont elles sont la résultante. Il semble que l'attention du législateur se laisse, à chacun des stades de son activité, absorber entièrement par une même catégorie de problèmes.

Pendant longtemps les questions ouvrières seules ont accaparé le Parlement et le sort des ouvriers a fait, très légitimement d'ailleurs, l'objet unique de ses préoccupations. Successivement, la liberté et la capacité des syndicats ouvriers, la formation, la durée et la rupture du louage de services, la garantie du paiement des salaires, la responsabilité des accidents survenus au cours du travail, et la réparation automatique des dommages causés par le fonctionnement même normal de l'industrie, ont été prévus par le législateur prévoyant, et donné naissance à cette législation ouvrière si riche et si touffue, dont les résultats pratiques ont été parfois peut-être un peu décevants. Tous autres intérêts paraissaient peu dignes d'être pris en considération. D'autre part les grands intérêts commerciaux et financiers, moins nécessaires à protéger, ont eu toujours des interprètes assez influents pour que ne fussent jamais complètement sacrifiées les questions qui les touchent, ni mises en péril les conditions normales de leur développement et de leur prospérité.

Par contre, la classe du petit et du moyen commerce demeurait assez complètement négligée. Mais nous assis-

tons assez tardivement en France à ce que l'on a pu appeler le réveil des classes moyennes. Les commerçants détaillants notamment, trop faibles pour faire aboutir individuellement les réformes jugées par eux nécessaires et voués par leur individualisme même à l'impuissance, ont fini par comprendre la leçon donnée par la discipline et le groupement méthodique de la classe ouvrière et peu à peu ont demandé à l'association la force et la puissance qui leur manquaient. Ils ont appris à se grouper à leur tour, et les diverses associations commerciales sont devenues les représentantes autorisées des intérêts professionnels de leurs membres. Le mouvement, qui a pris naissance en Belgique, très rapidement s'est étendu à la France et s'y est développé ; et sans doute faut-il considérer que leur influence et leur intervention n'ont point été étrangères à l'aboutissement, tardif, il est vrai, des réformes législatives, dont nous avons déjà signalé la nécessité.

Avant d'aborder l'étude même de la loi nouvelle et de préciser les détails de la réglementation dont on lui est redevable, il faut, dans une première partie, pour être mieux à même de comprendre et d'apprécier la portée de la réforme, préciser la nature du fonds de commerce et pénétrer dans l'analyse de ses éléments constitutifs (chapitre 1^{er}). Il faut aussi rechercher quelle était la situation faite, antérieurement à la loi, aux divers ayants droit dont nous avons dégagé déjà les intérêts respectifs :

créanciers chirographaires, créanciers nantis, vendeurs de fonds de commerce, par l'application des principes généraux et des règles spéciales que la pratique et les usages avaient adaptés aux nécessités de fait ainsi révélées (chapitre II).

Nous étudierons ensuite, dans une deuxième partie, l'élaboration de la loi (chapitre I) et ses dispositions essentielles concernant la question qui nous occupe, le fonctionnement nouveau qui résulte de leur application (chapitre II) et les règles de procédure par lesquelles les créanciers parviennent désormais à la réalisation de leurs droits (chapitre III).

Mais la loi a un peu plus d'une année d'existence, et déjà son fonctionnement pratique a révélé des lacunes ou des mesures mal adaptées aux besoins auxquels elle devait pourvoir. Nous aurons, en conséquence, à présenter la critique de la réforme et à déterminer les points sur lesquels elle doit être complétée, modifiée ou améliorée. Ce sera l'objet de notre conclusion.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I

NATURE DU FONDS DE COMMERCE

Et tout d'abord qu'est-ce que le fonds de commerce ? Quelle est sa nature ? Dans le langage usuel, la définition du fonds de commerce est celle qui est fournie par le dictionnaire de Littré (Vo Fonds) « Etablissement industriel ou commercial avec son achalandage, ses ustensiles, ses marchandises ». MM. Hatzfeld et Darmesteter en donnent une définition à peu près analogue : « Un établissement industriel ou commercial avec sa clientèle, ses marchandises, son matériel ». Le mot « fond », avec ou sans « s » évoque une idée de surface plane sur laquelle on bâtit, sur laquelle on s'appuie. Le fonds de commerce doit donc contenir et comprendre tout ce qui sert de base,

d'appui au commerce, qui est le support du commerce (1). La définition qui en a été donnée a varié cependant avec les époques et nous avons indiqué par avance que cette définition était devenue progressivement plus extensive et plus compréhensive.

Au ^{xvi}e et au ^{xvii}e siècle, on entend par fonds de commerce le capital productif du marchand constitué soit en marchandises, soit en deniers, soit en marchandises seulement ?

Au ^{xviii}e siècle, aux marchandises considérées comme élément constitutif du fonds de commerce on ajoute l'installation matérielle qui sert au commerçant à l'exercice de son activité, ameublement, mobiliers, comptoirs, installations de tout ordre et de toute nature. C'est ce qui résulte de la définition donnée par Savary dans son dictionnaire universel du commerce de 1760. Mais jusqu'à cette époque le fonds de commerce est considéré comme exclusivement composé par des éléments matériels, mobiliers mais corporels.

Dans le courant du ^{xix}e siècle, cette définition s'élargit ; l'on fait rentrer dans le fonds de commerce des éléments autres que des éléments matériels. Cette extension de la notion de fonds de commerce est la résultante nécessaire de l'importance croissante que les éléments incorporels ont pris dans le patrimoine du commerçant, rôle du prépondérant qu'ils ont pris dans l'élaboration de sa prospérité commerciale. Il était inévitable que ces divers droits incor-

(1) V. Bouvier Bangillon, *De la vente et du nantissement des fonds de commerce*, p. 5.

porels fussent englobés dans le fonds qui est à la fois, comme nous l'avons dit, l'instrument et la base de son activité.

Tel qu'il est aujourd'hui délimité par la jurisprudence le fonds de commerce comprend :

1° *La Clientèle et l'achalandage*. — La clientèle, c'est-à-dire l'ensemble des personnes qui sont en relations d'affaires avec un commerçant (1). L'achalandage, en principe, ne désigne pas autre chose. Cependant, les deux termes ne sont pas synonymes, et l'achalandage désigne quelque chose de différent, quelque chose de plus que la clientèle. M. Valéry (2) oppose la clientèle à l'achalandage, la clientèle étant plutôt une qualité de la maison de commerce, l'achalandage au contraire une qualité du fonds de commerce proprement dit, la maison de commerce étant l'ensemble de l'organisation personnelle et active, le fonds de commerce étant au contraire l'élément matériel et passif géré par la maison de commerce. Cette opposition basée sur une distinction entre la maison de commerce et le fonds de commerce, au sujet de laquelle on peut faire quelques réserves et dont on ne trouve d'ailleurs pas de trace dans les arrêts, si ingénieuse qu'elle puisse être, correspond cependant à une différence réelle entre l'achalandage et la clientèle. La clientèle représente et désigne l'ensemble des personnes avec lesquelles le commerçant est en relation d'une manière constante et suivie ; le terme de

(1) Boutaud et Chabrol, *Traité des fonds de commerce*, n. 48.

(2) *Maison de commerce et fonds de commerce*, Ann. dr. comm., 1901, p. 272 et suiv.

clientèle évoque et suppose un élément de fixité et de constance dans les rapports d'affaire. L'achalandage, désignant l'ensemble des chalands par opposition aux clients, comprend au contraire les relations d'affaires momentanées, journalières qui se renouvellent et se substituent les unes aux autres, mais en principe tout au moins ne se prolongent pas, sinon à intervalles irréguliers. Il existe en effet des commerçants qui n'ont pas de clients, au sens usuel du mot, et qui font des chiffres d'affaires considérables avec des acheteurs perpétuellement renouvelés. L'afflux de ces chalands et leur renouvellement tient plus particulièrement aux conditions matérielles et d'exploitation du fonds de commerce, à la nature des marchandises que débite le commerçant, à sa situation topographique. Il ne résulte ordinairement pas de la façon dont le commerce est géré, organisé, dirigé, et voilà pourquoi M. Valéry fait de l'achalandage une qualité du fonds et de la clientèle une qualité de la maison de commerce. Quelle que soit la valeur de cette distinction, il est certain que le double élément doit être pris en considération pour déterminer la valeur du fonds de commerce. Cette aptitude du fonds à entretenir et à susciter des relations d'affaires est la marque de sa prospérité ; elle doit être cédée et garantie au cas de vente du fonds. Le maintien de la clientèle, qui dépend plus spécialement du commerçant lui-même, est assuré par l'interdiction faite à ce dernier de se rétablir dans un certain rayon ; le maintien de l'achalandage, l'est par l'action en concurrence déloyale donnée à ceux qui tentent

de détourner les chalands à leur profit par des procédés illicites.

2° *Usage des locaux, droit au bail.* — L'achalandage dépend en grande partie de la situation topographique du fonds de commerce. Cette situation topographique est étroitement liée aux locaux dans lesquels est installé le fonds de commerce, et dans lesquels s'exerce l'exploitation commerciale. Le commerçant détient ces locaux, soit comme propriétaire, soit le plus souvent comme locataire ; dans le premier cas, ce n'est pas, bien entendu, la propriété même de l'immeuble qui doit être considérée comme un élément du fonds, mais seulement leur usage, leur affectation à l'exploitation commerciale. Dans le second cas, le droit au bail doit être retenu comme l'un des éléments indispensable du fonds. Son importance et sa nécessité résultent suffisamment de nos développements antérieurs. Il est même assez curieux de remarquer qu'en pareil cas l'usage de l'immeuble est considéré par la jurisprudence, même lorsque le commerçant en est propriétaire, comme un élément mobilier. « Les immeubles peuvent être considérés comme des meubles par la volonté des parties lorsqu'ils se confondent comme accessoires dans une universalité mobilière, et il en est ainsi notamment des immeubles compris dans un fonds de commerce » (1).

3° *Matériel.* — Dans les locaux sont installés un maté-

(1) Montpellier, 23 nov. 1897, s. Cass., 15 mai 1899 (D. P. 99, 1, 553).]

ordinairement son nom patronymique, c'est parfois un nom de fantaisie ; mais il prend ici une valeur toute spéciale. Il ne faut pas le considérer, en effet, comme la marque de personnalité ; il est le signe distinctif des produits, le signe de ralliement de la clientèle qui a pris l'habitude d'accorder sa confiance et ses préférences aux produits sortis de telle ou telle maison désignée par le nom de son titulaire ; le nom, c'est encore pour la clientèle l'indication de certains procédés de fabrication, la certitude d'une certaine régularité dans la gestion des affaires, le prestige d'une longue probité, gage d'une prospérité durable. Ainsi envisagé, le nom devient l'un des éléments essentiels du fonds de commerce ; il peut et il doit être cédé en même temps que le fonds qu'il individualise et auquel il sert en quelque sorte de garantie. A ce double titre et considéré comme valeur économique, la propriété ou l'usage du nom est protégé à la fois par les dispositions de la loi du 28 juillet 1824 (signe distinctif des produits) et par l'action en concurrence déloyale, qui n'est d'ailleurs que l'application du droit commun, c'est-à-dire de l'article 1382.

L'enseigne ! est le plus souvent la concrétisation du nom apposée sur les locaux mêmes où le fonds de commerce est installé et qui doit être cédée avec ce fonds dont elle fait partie intégrante.

6°. Il faut rapprocher du nom et de l'enseigne les *médailles et récompenses* industrielles qui servent comme le nom et l'enseigne, lorsqu'elles n'ont pas été accordées au commerçant personnellement mais à ses produits, à

identifier le fonds de commerce, à affirmer sa réputation, à étayer sa prospérité. La loi du 30 avril 1886 punit d'un emprisonnement l'usurpation des médailles et récompenses industrielles décernées dans des expositions et des concours.

7^o *Marques de fabrique et de commerce ; dessins et modèles de fabrique. Brevets d'invention.* — Le nom n'est pas toujours le seul signe distinctif des produits ; ceux-ci peuvent être et sont en réalité le plus souvent individualisés et désignés au public par des marques spéciales, résultant de l'apposition d'un cachet, d'un nom, d'une formule, d'un procédé spécial d'emballage qui servent à indiquer au consommateur que ces produits sortent de telle fabrique, sont vendus par telle maison, dont il apprécie tout particulièrement l'activité commerciale. De même, le commerçant peut avoir seul le droit de fabriquer ou de vendre certains produits de son invention, lorsqu'il s'est fait délivrer un brevet d'invention. Ces brevets d'invention, ces marques de fabriques, ces dessins et modèles font incontestablement partie du fonds de commerce, ils doivent être comptés au nombre de ses éléments constitutifs, ils contribuent à sa valeur économique et pécuniaire.

Mais si la jurisprudence et la doctrine s'accordent, à l'heure actuelle, à faire rentrer dans le fonds de commerce les éléments que nous venons d'énumérer ; il en est en revanche d'autres pour lesquels la question est beaucoup plus discutée.

Les créances et les dettes commerciales sans doute du

commerçant doivent-elles être comprises dans le fonds de commerce? M. Boistel (1) les y a fait figurer. Pour M. Thaller (2), au contraire, une qualification de fonds de commerce ne devrait être accordée qu'à la clientèle. Entre ces deux opinions extrêmes, nous nous arrêtons à une opinion intermédiaire? Pour nous, le fonds de commerce comprend plus que la clientèle, et l'énumération qui précède est l'application de cette théorie, mais il ne doit pas comprendre les créances et les dettes du commerçant; il ne doit pas comprendre non plus les marchés à livrer; mais nous y ferions rentrer volontiers les livres et la comptabilité, dont la connaissance et la libre disposition sont indispensables à la gestion du fonds.

Mais cette analyse et cette revue des éléments, que la doctrine et la jurisprudence contemporaines font rentrer dans la composition du fonds de commerce, ne suffisent pas à rendre compte de sa nature juridique, et cette détermination est cependant essentielle pour l'étude du droit qui peut appartenir aux divers créanciers, chirographaires, privilégiés, vendeurs, sur le fonds de commerce du débiteur auquel ils ont accordé du crédit.

Qu'est-ce donc que le fonds de commerce? Quelle nature juridique devra-t-on lui reconnaître? La solution que nous devons adopter sur ce point est, dans une certaine mesure, commandée par le parti que nous avons choisi au sujet de la détermination de ses éléments constitutifs.

(1) *Cours de dr. comm.*, n° 429.

(2) *Traité élément. de dr. comm.*, n°s 82, 85, 86.

Nous voici en présence d'un ensemble de biens et de valeurs qui, au premier abord tout au moins, sont assez disparates, puisque nous y avons fait rentrer des droits incorporels comme le nom, l'enseigne, les marques de fabrique ; des biens mobiliers comme les marchandises ; des biens dont on discute s'ils sont mobiliers ou immobiliers comme le matériel servant à l'exploitation du fonds ; des biens certainement immobiliers comme l'usage des locaux, tout au moins lorsqu'ils appartiennent au titulaire du fonds.

L'on peut être tenté, en présence de cet ensemble, de faire intervenir ici une théorie dont l'utilité incontestable s'est affirmée dans la matière voisine des sociétés : c'est la théorie de la personnalité morale. C'est plus particulièrement en Allemagne que la tentative a été plusieurs fois reprise de considérer le fonds de commerce comme une personne morale ayant une destinée consciente et indépendante. Le titulaire du fonds ne serait que le premier commis du fonds qu'il dirigerait « *der erste diener des geschäfts* (1) ». Dans cette conception, l'existence juridique du fonds est indépendante de celle de son titulaire qui peut changer sans que le fonds lui-même soit affecté par ce changement — le nom, la forme demeure la même, mais la cession est simplement révélée au public par une mention au registre du commerce (2). Le nouveau titu-

(1) Endemann, *Das deutsche handelsrecht systematisch dargestellt*, 4^e édit., 1887, §§ 15 et suiv.

(2) V. Bourgoing, *Le registre du commerce*, thèse, Paris ; Loubers, *Faut-il admettre le registre du commerce*, Ann. dr. comm., 1910.

laire devient ainsi, au moins en principe, l'ayant cause à titre universel du nouveau et succède à toutes les obligations qui ont plus exactement le fonds lui-même pour sujet ; de telle sorte que le fonds, lui seul, est engagé uniquement jusqu'à concurrence de sa valeur. A cette conception se rattache en France, dans une certaine mesure, celle de M. Valéry qui accorde plutôt néanmoins la personnalité à la maison qu'au fonds de commerce (1).

En France, une telle conception se heurte formellement au principe de l'obligation personnelle et indéfinie du commerçant pour tous les actes qu'il consent dans l'accomplissement de son commerce : 1° Il est nécessairement toujours tenu personnellement, même lorsqu'il cède son fonds ; 2° Il doit être tenu sur tous ses biens, même sur ceux qui ne font pas partie du fonds de commerce. La même objection tirée de l'article 2092 C. c. doit également faire rejeter un autre aspect de la théorie de la personnalité, qui, tout en rejetant l'idée de personnalité, aboutit en fait à des conclusions identiques : celle du patrimoine d'affectation du « Zweckvermögen » préconisée en France par M. Saleilles (2). Sans doute le patrimoine d'affectation n'est pas comme la personne morale absolument indépendant et autonome. Il

(1) Ann. dr. comm., 1901, *Maison de commerce et fonds de commerce*.

(2) V. Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, etc., p. 140 et s. ; Meynial, notes, S. 92, 1, 173 ; 497 ; Planiol, note, D. P. 93, 2, 513 ; Geny, *Méthode d'interprétation* ; Michoud, *Notion de personnalité morale*, Rev. de dr. public, XI, 1899, pp. 10 et suiv.

ne peut exister distinctement de la personne qui en est titulaire et qui lui sert de soutien. Mais au point de vue de l'obligation aux dettes, les créanciers n'ont d'autre gage que les biens constituant le patrimoine d'affectation et ne peuvent poursuivre le débiteur sur d'autres éléments de sa fortune personnelle. Or, c'est cette limitation du droit des créanciers, quelque désirable qu'elle puisse être, qui répugne aux principes de notre droit français et qui ne peut être admise en l'absence d'un texte formel identique à celui qui, dans certains cas, limite à la fortune de mer les droits des créanciers de l'armateur.

Certains auteurs ont voulu voir dans le fonds de commerce une universalité juridique ; il constituerait dans le patrimoine du commerçant un patrimoine distinct ; sans doute les créanciers commerciaux ne verraient pas leur gage limité aux biens constituant le fonds et n'auraient pas de droit de préférence sur ces mêmes biens. Mais le patrimoine aurait néanmoins une existence individuelle, une consistance indépendante des fluctuations subies par ses éléments individuels (1).

Cette opinion n'a pas été entièrement adoptée par la jurisprudence ; pour elle, dit-on parfois, le fonds de commerce n'a pas d'existence juridique distincte. Ses divers éléments composants conservent leur individualité ; l'expression « fonds de commerce », n'est qu'une locution commode

(1) Rosak, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 4^e édit., § 14, p. 66 ; Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage*, II, n. 1851, p. 52.

pour désigner l'ensemble de ces éléments (1). Ce point de vue ne saurait être retenu — il est à l'extrême de ceux que nous venons d'exposer : — il est excessif comme eux. Sans vouloir concéder au fonds de commerce une personnalité juridique distincte, à laquelle résistent les principes de notre droit, il faut reconnaître qu'il est cependant une entité, ayant une certaine unité et une certaine cohésion. Il constitue un tout qui peut et doit être considéré indépendamment de ses éléments individuels. C'est ainsi que la pratique actuellement le considère : cette conception est certainement celle à laquelle le législateur de 1898 et de 1909 s'est rallié. Les arrêts eux-mêmes (2) parlent souvent d'universalité juridique, sans admettre cependant que les créances et les dettes puissent entrer en ligne de compte. Cette unité intime et cette cohésion proviennent de l'existence d'un élément prépondérant autour duquel les autres viennent se grouper dont ils ne sont que l'accessoire : cet élément c'est, sans aucun doute, la clientèle.

Mais il demeure que le fonds de commerce peut être envisagé comme un tout indépendant et qu'il peut en soi faire l'objet de contrats.

Ainsi considéré, il a dans la conception actuel le trois caractères : 1° Il a une fixité indépendante des fluctuations

(1) V. Note Wahl, S. 97, 2, 89 ; Thaller, *Ann. dr. comm.*, 1889, p. 221, doctrine.

(2) Cass. 13 déc. 1842, S. 43, 1, 22 ; Besançon, 20 mars 1901, *Gaz. Pal.*, 1901, I, 476 ; Nancy, 21 mars 1902, D. 1903, 2, 169. Trib. Seine, 16 avril 1902, D. 1902, 2, 239.

intimes qu'il subit (1) ; 2^o Il a le caractère mobilier, parce qu'il est envisagé comme universalité quelle que soit la nature de certains de ses éléments ; 3^o C'est un meuble incorporel et ce caractère résulte encore de ce qu'il est une universalité, considérée comme telle indépendamment de ses éléments qui sont, en partie tout au moins, des meubles corporels (2).

(1) Lyon-Caen et Renault, III, n^o 242 ; Cass. 13 décembre 1842, S. 43, 1, 33.

(2) Lyon-Caen et Renault, III, n^o 240 ; Aubry et Rau, 5^e édit., II, § 164 bis, p. 25, Paris, 9 août 1897, D. 98, 2, 438 ; Dijon, 17 mai 1901.

CHAPITRE II

DROITS DES CRÉANCIERS DU COMMERÇANT SUR LE FONDS DE COMMERCE AVANT LA LOI DU 19 MARS 1909

Sur le fonds de commerce ainsi déterminé et défini, quels étaient, avant la loi du 19 mars 1909, les droits des créanciers et plus généralement des trois catégories d'ayants droit que nous avons précédemment distingués.

SECTION I

Créanciers chirographaires.

Les créanciers chirographaires suivent en droit commun la foi de leur débiteur ; ils ont un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur, en ce sens que tous les biens de ce débiteur peuvent être indistinctement saisis par eux (sauf les cas d'insaisissabilité édictée par la loi) et vendus pour assurer le paiement de leurs créances. Mais ce droit de gage est imparfait, il ne comporte aucun dessaisissement ; le débiteur demeure à la tête

de ses affaires jusqu'au moment où il est déclaré en faillite ; il a le droit de contracter de nouvelles dettes et les nouveaux créanciers vis-à-vis desquels il s'engage viennent concourir avec les créanciers plus anciens, sans aucun droit de préférence pour ces derniers. De même, le débiteur demeure libre d'aliéner les divers éléments de son patrimoine, et dès l'instant de la vente les biens ainsi vendus, plus généralement dès l'instant de la cession les biens sortis du patrimoine du débiteur échappent à l'emprise de ses créanciers qui n'ont pas de droit de suite ; ils n'ont d'autre ressource que d'attaquer par la voie de l'action Paulienne ces cessions qui sont consenties en fraude de leur droit ; ils peuvent aussi faire déclarer leur débiteur en faillite lorsqu'il est commerçant, faisant ainsi annuler les ventes ou les donations qui se trouvent englobées dans la période suspecte.

La situation des créanciers chirographaires vis-à-vis du fonds de commerce était, avant la loi du 19 mars 1909, régie par les principes du droit commun. Elle était rendue précaire surtout par la nature du fonds de commerce qui peut être aliéné en bloc et qui constitue le plus souvent toute la fortune du débiteur. Sans doute, ils pouvaient à l'égard du fonds, tant qu'il demeurait entre les mains de leur débiteur, user de toutes les voies d'exécution du droit commun. Mais souvent le produit de la vente était intégralement absorbé par les créanciers pourvus de garanties spéciales, créanciers nantis ou créanciers privilégiés. Parmi les éléments constitutifs du fonds, clientèle, achalandage,

matériel, marchandises, aucun ne leur était spécialement affecté, aucun ne constituait leur gage exclusif et légal.

Leur situation, pratiquement peu avantageuse avant toute aliénation du fonds, devenait beaucoup plus grave dès que ce fonds était aliéné. Contre la vente, si désastreuse qu'elle put être pour leurs intérêts, ils n'avaient d'autre arme que l'action Paulienne, à condition pour eux d'en établir les conditions d'exercice : fraude de la part de leur débiteur, fraude de la part de l'acheteur.

Les dissimulations partielles de prix, d'un usage courant, étaient un moyen commode, pour le débiteur et l'acheteur peu scrupuleux, d'éviter, en même temps que le paiement des droits de mutation, la mainmise des créanciers sur le produit intégral de la vente d'un fonds, qui constituait le plus souvent l'actif tout entier du débiteur. Le droit de surenchérir, qui constitue un moyen efficace d'éviter ce genre de dissimulation et de la rendre inutile, n'était pas accordé aux créanciers. D'autre part, le fonds une fois aliéné, que le prix en fût versé ou non entre les mains du débiteur, ils n'avaient aucun moyen de faire saisir ce fonds entre les mains de l'acquéreur pour se faire payer de leurs créances, ils n'avaient d'autre ressource que l'exercice de l'action oblique telle qu'elle est organisée par l'article 1167 du Code civil avec toutes les difficultés et tous les aléas qu'elle comporte.

D'ailleurs, ils pouvaient ignorer la vente, ne pas en être avertis à temps et n'être pas ainsi mis à même d'exercer utilement leurs droits sur le prix.

Cependant la pratique avait tenté de pallier cet inconvénient de la situation des créanciers chirographaires et de parer à ce danger. Mais le système de publications qu'elle avait organisé n'était ni constant en fait, ni légalement obligatoire. L'on sait en quoi consistait ce système : l'acquéreur du fonds publiait la vente dans certains journaux d'annonces légales, laissant aux créanciers un certain délai (10 jours à Paris, 8 jours à Marseille) pour faire opposition à la vente soit par exploit d'huissier, soit par lettre recommandée. Mais cet usage que certaines décisions de jurisprudence avaient approuvé (1) avait été repoussé ainsi qu'on l'avait constaté dès 1885 à l'occasion du dépôt au Sénat d'un projet de loi, par d'autres arrêts qui s'étaient refusés à lui reconnaître un caractère obligatoire. « Attendu, lit-on dans un jugement du Tribunal de la Seine du 27 mars 1878 (2), que la publication des ventes de fonds de commerce n'est exigée par aucune loi, qu'ainsi l'achat et le paiement comptant d'une valeur mobilière de cette nature n'étant pas prohibée, constituent l'exercice pur et simple d'un droit, que, par conséquent, quelque soupçon que puisse faire naître l'abstention insolite d'une pratique constante dans le commerce parisien, cette omission ne saurait, en l'absence de tout autre fait, constituer une preuve complète contre l'acheteur soit

(1) Trib. Seine, 31 mars 1868, S. 69, 2, 56 ; D. P. 68, 3, 96 ; — 8 oct. 1869, J. Trib. comm. 71, 288 ; S. 70, 2, 333, D. P. 70, 3, 87.

(2) *Le Droit*, 3 juin 1882.

d'une collusion, soit même d'une imprudence qui engage sa responsabilité (1). »

Cependant certaines décisions plus récentes avaient essayé de réagir contre cette tendance et de maintenir, en la fortifiant, une institution dont le caractère obligatoire pouvait très juridiquement être déduit d'un usage constant. « Attendu, disait le Tribunal de commerce de Rouen (2), qu'il est d'usage constant en matière de fonds de commerce que la publication en soit faite dans un journal de la localité, que si cet usage s'est établi et a pris ensuite le caractère de généralité qu'il faut lui reconnaître c'est qu'il répondait à une nécessité de la pratique loyale des affaires, en donnant aux créanciers du vendeur le moyen de faire valoir utilement leurs droits sur une fraction de l'actif de leur débiteur qui bien souvent en constitue la partie la plus claire et la plus certaine ; attendu qu'en l'absence de toute prescription légale, la généralité même avec laquelle l'usage des publications s'est établi, démontre que cet usage répond à une nécessité d'ordre public, qu'il y a donc lieu de lui reconnaître force de loi... »

Sans être aussi catégoriques, certains tribunaux (3)

(1) V. aussi Paris, 18 fév. 1882, S. 83, 2, 91 ; Bordeaux, 27 oct. 1883, S. 84, 2, 96 ; Seine, 4 août 1886, la loi 1^{er} janv. 1887.

(2) Trib. comm., Rouen, 23 mars 1896, J. Trib. commerce, 97, 681.

(3) Trib. Seine, 4 août 1886, loi 1^{er} janvier 1887 ; Trib. comm. Marseille, 9 mars 1889, *Journ. jurispr.*, Marseille, 89, 1, 230.

avaient jugé que, si les publications avaient été faites et un délai accordé aux créanciers pour former opposition, l'acquéreur, qui payait son prix entre les mains du vendeur sans attendre l'expiration de ce délai, commettait une faute qui pouvait engager sa responsabilité et assurait ainsi, dans une certaine mesure, le succès de l'action Paulienne.

Qu'arrivait-il quand les publications n'avaient pas eu lieu ? Ces créanciers perdaient alors tout droit sur le fonds de commerce et restaient désarmés en présence de l'insolvabilité de leur débiteur qui, ayant touché le prix, pouvait le dissiper ou le dissimuler.

Le même danger existait lorsque le fonds n'était pas vendu mais était mis en société. Dans ce cas, les associés n'étaient certainement pas les débiteurs des créanciers du commerçant, vis-à-vis desquels ils n'étaient rattachés par aucun lien de droit. Le fonds de commerce n'étant pas une individualité juridique, un patrimoine, les dettes commerciales n'étaient point prises en charge par la société ; au contraire, les créanciers sociaux acquéraient le droit exclusif de se faire payer par préférence sur le fonds au détriment des créanciers du commerçant apporteur.

Tels étaient les dangers courus par les créanciers chirographaires, mal protégés par des mesures créées par la pratique qui les négligeait quand elles devenaient gênantes, auxquelles la jurisprudence refusait tout caractère obligatoire.

SECTION II

Vendeurs de fonds de commerce.

Le Code civil donne au vendeur de meubles non payé : un droit de rétention, un droit de revendication, un privilège, une action résolutoire. Ces garanties protègent efficacement le vendeur tant que le meuble vendu est demeuré dans le patrimoine de l'acheteur ; mais quelles garanties sont accordées au vendeur dans le cas où le meuble vendu a été revendu par l'acheteur et livré par lui avant qu'il ait payé son prix ?

Il est certain tout d'abord qu'en pareil cas le vendeur ne peut exercer le droit de rétention, puisque l'exercice de ce droit suppose évidemment que le vendeur ne s'est pas dessaisi du meuble vendu. Il ne saurait être question non plus pour lui d'exercer l'action en revendication. Elle est en effet soumise à des conditions d'exercice rigoureuses (vente au comptant, chose non changée, chose demeurée en la possession de l'acheteur, exercice de l'action dans la huitaine) qui la font considérer généralement comme un succédané du droit de rétention (1).

Mais le privilège et l'action résolutoire peuvent-ils être exercés à l'encontre des sous-acquéreurs ?

(1) Valette, *Privilèges et hypothèques*, t. I ; n. 90. Cf. Planiol, *Tr. élém.*, t. II, n. 1548.

Leur exercice donne-t-il au vendeur de meuble un véritable droit de suite ?

En ce qui concerne le privilège du vendeur, la solution adoptée par le Code civil (article 2102-4^o) est une réaction contre les principes de l'ancien droit qui dans une certaine mesure reconnaissait au vendeur un droit de suite sur le meuble en lui permettant « d'empêcher la vente. » (art. 177, de la coutume de Paris) (1). A l'heure actuelle le privilège du vendeur de meuble ne lui confère qu'un droit de préférence, mais il n'a aucun droit de suite dès que l'acheteur n'a plus conservé la possession du meuble vendu, c'est-à-dire d'après la signification que nos anciens auteurs donnaient à ce terme dès que le meuble a été aliéné par l'acheteur : — il en résulte que le privilège du vendeur subsiste tant que l'acheteur a conservé la propriété du meuble vendu, par exemple en face de créanciers gagistes, sauf les cas où le vendeur est tenu de subir la priorité de leur droit.

Mais par contre l'exercice de l'action résolutoire réagit contre les tiers quand elle a été exercée contre l'acquéreur primitif par application de la règle *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, sauf néanmoins l'effet, qui doit être maintenu ici au profit des sous-acquéreurs de bonne foi, de la maxime de l'article 2279 du Code civil.

Voyons maintenant comment la question était résolue

(1) Laurière, *Coutume de Paris*, t. II, p. 148 ; Planiol, t. II, n. 2606, p. 785.

avant la loi du 19 mars 1909 à l'égard du vendeur de fonds de commerce par la doctrine et la jurisprudence.

A. — Privilège.

Et tout d'abord à l'égard du privilège du vendeur, on admet sans difficulté que le privilège du vendeur existe sur les meubles incorporels : fonds de commerce et offices ministériels (1).

Mais ce privilège confère-t-il au vendeur le droit de suite ou seulement le droit de préférence ? Beaucoup d'auteurs (2) lui refusaient le droit de suite par interprétation littérale de l'article 2102-4^o du Code civil ; le privilège ne peut s'exercer qu'autant que le meuble, le fonds de commerce, est demeuré entre les mains de l'acheteur, dans son patrimoine. Après l'aliénation, la garantie du vendeur réside simplement dans un droit de préférence sur le prix, et même seulement sur le prix de la revente consentie par l'acquéreur primitif dans le cas où des reventes successives auraient été effectuées.

Aussi un certain parti dans la doctrine (3) considérait-

(1) Aubry et Rau, III, 261 ; Guillouard, *Priv. et hyp.*, I, n. 386 ; Lyon-Caen et Renault, III, n. 250 ; Req. 2 janv. 38, S. 38, 1, 159 ; Riom, 20 mars 1879, D. P. 80, 2-4 ; Paris, 2 juillet 1882, D. 83, 2, 215 ; Comm. Seine, 9 déc. 1896, J. Trib. Com., 1897, p. 833.

(2) Boulaud et Chabrol, *Fonds de commerce*, n. 194 ; Aubry et Rau, III, § 261, note 63 ; Guillouard, I, n. 392 ; Demante et Colmet de Santerre, IX, n° 32 bis, III.

(3) Beudant, *Sûretés personnelles et réelles*, I, n. 261, 267, 268 ; Percerou, note, D. P. 1903, 2, 98.

il que le vendeur de fonds devait, du fait de son privilège, avoir un véritable droit de suite.

Pour ces auteurs, le privilège comporte normalement un droit de préférence et un droit de suite. Ce dernier se trouve en fait paralysé à l'égard des meubles par l'application de la maxime de l'article 2279. Mais il n'en existe pas moins théoriquement. Or, si l'on admet que l'article 2279 du Code civil ne s'applique pas aux meubles incorporels, le droit de suite doit, en ce qui les concerne, reprendre son empire et s'exercer librement. Or, l'immense majorité des auteurs et de la jurisprudence restreignent l'application de l'article 2279 aux meubles corporels et ne l'appliquent pas aux meubles incorporels (1). Le fonds de commerce n'est pas un meuble corporel, c'est un meuble incorporel et partant l'article 2279 doit ici être écarté ; malheureusement, la jurisprudence n'adopte pas entièrement cette solution et pour elle, avant la loi nouvelle, il fallait distinguer suivant que les éléments matériels (marchandises, ustensiles, mobilier) ou les éléments incorporels (achalandage, clientèle, nom) étaient prépondérants (2). Dans la plupart des cas cependant les éléments incorporels étant prépondérants, le caractère incorporel devra être

(1) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n. 816 et suiv. ; Aubry et Rau, t. II, § 183, 4^e édit., p. 113 ; 5^e éd., p. 152 ; Demolombe, t. XXIV, n. 386 ; Laurent, t. XXXII, n. 562, 566, 567 ; Cass. 7 fév. 1849, D. P. 49, 1, 41 ; Req. 17 déc. 1873, D. P. 74, 1, 415.

(2) Req. 13 mars 1888, D. P. 88, 1, 351 ; Paris, 21 juillet 1892 ; D. P. 92, 1, 180 ; Paris, 6 juin 1896, D. P. 96, 2, 471.

reconnu au fonds de commerce et l'article 2279 écarté (1). Au surplus la règle « en fait de meubles possession vaut titre » paraît bien, en raison des motifs qui l'ont inspirée, étrangère aux fonds de commerce. Les ventes de fonds de commerce sont ordinairement constatées par écrit ; — il est donc facile à celui qui se propose de réaliser une telle acquisition de se faire présenter par le cédant le titre qui établit la propriété de celui-ci, et, si ce titre consiste en un acte de vente, de demander en outre qu'il soit justifié que le prix en a été intégralement payé. Les publications que le deuxième acquéreur aura peut-être faites, conformément à l'usage que nous avons précédemment décrit, auront sans doute averti les créanciers du vendeur et notamment le premier vendeur encore créancier du prix non intégralement payé. Mais cet usage n'a pas de force obligatoire et, dans tous les cas, s'il peut, dans une certaine mesure, lorsqu'il a été observé, empêcher les créanciers chirographaires d'exercer l'action Paulienne, il ne peut, dans aucun cas, être considéré comme purgeant le privilège du vendeur et faisant obstacle à l'exercice du droit de suite.

Mais si telle était la solution développée par certains représentants de la doctrine, elle n'était pas généralement admise par la jurisprudence dont les décisions avaient seules de l'intérêt au point de vue du monde des affaires. La jurisprudence se montrait sauf exception nettement

(1) V. Paris, 22 mai 1904, D. 1903, 2, 97.

hostile au droit de suite du vendeur privilégié (1). Certaines décisions se basaient, pour repousser la concession du droit de suite, sur des considérations d'utilité pratique plutôt que sur des considérations théoriques. Le défaut de publicité régulière et légale de la vente des fonds de commerce était l'obstacle essentiel à l'exercice du droit de suite. Il aurait présenté de grands dangers et causé de réels mécomptes, s'il avait atteint des sous-acquéreurs de bonne foi, ignorant l'existence ou les conditions de la vente ayant rendu leur vendeur direct propriétaire du fonds vendu ; « Attendu, lit-on dans le jugement du 13 février 1897, du Tribunal de la Seine (2), que le privilège du vendeur porte sur les effets mobiliers vendus uniquement quand ces effets sont encore en la possession du débiteur et peut s'exercer seulement sur le prix de la vente et de la revente consentie par le successeur immédiat et non point sur le prix des reventes ultérieures. » L'acquéreur d'un fonds de commerce n'aurait pu obtenir un peu de sécurité qu'à la condition de s'assurer si son vendeur avait exactement et entièrement soldé son prix d'achat et en remontant de vendeur en vendeur jusqu'au créateur même du fonds du commerce. Il pouvait oublier de réclamer à son vendeur la production de son titre de propriété. Ce dernier pouvait dissimuler une partie du prix encore dû, avoir perdu les titres justifiant de son paie-

(1) Trib. comm. Seine, 9 déc. 1896, J. Trib. comm. Seine, 1897, p. 833 ; Trib. civ. Seine, 15 fév. 1897, loi 2 mars 1897.

(2) *Loc. cit.*

ment intégral, invoquer un titre de propriété différent de la vente l'ayant rendu propriétaire et constitué débiteur du prix de vente. Cependant la jurisprudence, subordonnant à tort d'ailleurs l'exercice du privilège à la condition que l'acheteur ait conservé la possession du meuble vendu, avait admis l'exercice du droit de suite au profit du vendeur lorsque le fonds vendu avait été mis en société (1). Ces décisions ont ici écarté l'idée de personnalité morale de la société.

B. — Action résolutoire.

Le vendeur du fonds de commerce qui n'a point été payé pouvait, à coup sûr, comme tout vendeur de meubles, exercer à l'encontre de l'acheteur l'action en résolution de la vente et reprendre le fonds comme si aucun contrat n'était intervenu (2). Mais, si le fonds a été revendu et qu'il soit en la possession d'un sous-acquéreur, le vendeur primitif pouvait-il reprendre le fonds comme conséquence de la résolution de la vente entre les mains du sous-acquéreur.

En théorie, ce droit n'était point douteux : l'action résolutoire produit de droit commun des effets réels, sauf quand elle se heurte à l'article 2279 C. c. Or, la maxime « en fait

(1) Paris, 4 déc. 1871, D. P. 74, 2, 24 ; Riom, 20 mars 1879, S. 80, 2, 195.

(2) Civ. Seine, 11 nov. 96, *Ann. dr. comm.*, 97, p. 351 ; Nancy, 10 nov. 1897, *Pand. fr.*, 97, 2. 99.

de meubles possession de bonne foi vaut titre » est écartée à l'égard des meubles incorporels. — D'autre part, si l'article 2102-4^o écarte le droit de suite en ce qui concerne le privilège, il le laisse subsister en ce qui concerne l'action résolutoire. La prétendue solidarité qui unit le privilège et l'action résolutoire n'a été établie qu'en 1855 et elle n'existe qu'en matière immobilière.

Cependant, la jurisprudence s'est longtemps montrée hostile à l'exercice du droit de suite consécutif à l'exercice de l'action résolutoire (1). Un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 14 janvier 1903 (2) résume bien les arguments qui déterminaient cette solution : « Si l'on permettait au vendeur non payé de poursuivre indéfiniment l'objet de la vente et de l'atteindre dans toutes les mains, quel qu'ait été le nombre des transmissions de cet objet et de ses propriétaires successifs, il ne pourrait plus y avoir pour l'acquéreur, tout au moins dans les limites de la prescription légale, de situation acquise. On ne saurait évidemment exiger de lui qu'il vérifie le paiement du prix qu'ont eu à effectuer tous les propriétaires antérieurs du fonds ; — s'il en était ainsi, aucun propriétaire de fonds ne pourrait jouir tranquillement de son établissement, ni l'exploiter en paix et serait dès lors exposé à l'expropriation la plus imprévue. » Il pourrait même suffire d'une collusion entre un des précédents acquéreurs et son vendeur, dit le

(1) Paris, 28 avril 1858, J. Trib. comm., 1858, 354 ; Cass. 21 avril 1884, D. P. 84, 1, 241 ; 3 mars 1890, D. P. 91, 1, 415.

(2) *Le Droit*, 5 mars 1903.

même tribunal (1), pour que, sans bourse délier, ce dernier reprenne l'établissement cédé et lèse ainsi les intérêts des tiers qui ont fait confiance au fonds de commerce.

Cependant, le sentiment qu'il y avait même dans ce refus un inconvénient grave à l'égard de la protection des intérêts du vendeur, et que, d'autre part, une attitude différente s'imposait, avait dicté à certaines juridictions une opinion différente, et une tendance nouvelle s'était fait jour dans la jurisprudence. Un arrêt infirmatif, très fortement motivé de la Cour de Paris, (2) avait accueilli les effets de l'action résolutoire à l'encontre des sous-acquéreurs : « Considérant que le droit de suite, conséquence du droit de propriété, existe sur les meubles incorporels, que cela résulte nécessairement de ce qu'ils ne sont pas compris dans l'exception de l'art. 2279 C. c. et des raisons sur lesquelles cette exception est fondée ; qu'en particulier on n'aperçoit aucun motif de décider qu'il en serait autrement en ce qui concerne un fonds de commerce ; qu'il est admis, il est vrai, comme on le soutient, que le privilège établi au profit du vendeur d'effets mobiliers par l'article 2102 § 4 s'applique aussi aux cessions de meubles incorporels ; mais qu'il ne s'ensuit nullement que ces meubles ne soient pas susceptibles du droit de suite ; qu'on objecte encore vainement que le privilège et le droit spécial de revendication, qui en résultent quand la vente a été consentie sans terme, ne peuvent être exercés que dans le cas où la

(1) Trib. comm. Seine, 28 mai 1903, *Le Droit*, 4 août 1903.

(2) Paris, 22 mai 1901, D. 1903, 2, 97.

chose vendue se trouve entre les mains du débiteur ; qu'en effet, le privilège du vendeur et le droit de résolution de la vente sont des droits distincts soumis à des règles différentes ; que les époux X n'exercent pas le privilège du vendeur, mais le droit de résolution de l'article 1654 C. civil. »

Un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine (1) est encore plus net dans le même sens :

« Attendu qu'il est de jurisprudence constante que l'article 2279 C. civil n'est pas applicable aux meubles incorporels, parmi lesquels doivent être rangés les fonds de commerce. Que ceux-ci sont dès lors susceptibles du droit de suite, conséquence directe du droit de propriété, hors les cas expressément prévus par la loi ; que la résolution de la vente, par application de l'article 1654 du Code civil, ayant pour effet de remettre les parties dans la même situation qu'avant la vente, le vendeur impayé d'un fonds de commerce, redevenu par suite de cette résolution propriétaire dudit fonds, est en droit d'en reprendre la possession dans quelques mains qu'il se trouve. Que dès lors le fait que le fonds a pu passer dans les mains d'un tiers acquéreur, *fût-il de bonne foi*, ne peut avoir pour effet de paralyser l'exercice de l'action résolutoire qui lui est accordée d'une façon générale par l'article 1654 du Code civil ».

Cette solution, qui ne s'était cependant pas généralisée

(1) Trib. comm. Seine, 8 juillet 1904. La loi 1^{er} oct. 1904.

et qui avait été nettement repoussée plus tard par la Cour de Paris (1), protégeait sans doute assez exactement les intérêts du vendeur, encore qu'il dût avoir à subir les inconvénients d'une reprise en nature, et que le caractère résolutoire de l'action n'eût pas pour effet de supprimer les conséquences matérielles de la gestion momentanée des sous-acquéreurs. Cette reprise donnait nécessairement naissance à des règlements de comptes extrêmement embrouillés. Mais de plus, elle menaçait à coup sûr les sous-acquéreurs dans leurs intérêts les plus respectables, car ils avaient pu ignorer en fait l'existence d'un précédent vendeur demeuré impayé.

Sans doute les publications quand elles avaient été effectuées pouvaient dans une certaine mesure les renseigner. Leur réalisation constituait même les sous-acquéreurs de mauvaise foi dans certains cas et aurait dû assurer, d'une manière générale, le succès de l'action résolutoire à leur égard (2). Mais ces publications n'avaient pas lieu partout ni régulièrement et nous avons vu que la jurisprudence leur refusait tout caractère obligatoire. Il ne paraît pas d'ailleurs que la jurisprudence se soit jamais laissée impressionner, à ce point de vue, par l'accomplissement ou l'absence des formalités de publication. La Cour de Paris, dans un arrêt du 8 octobre 1908 (3) s'est nettement ex-

(1) Paris, 27 juin 1904, 5^e ch., Gaz. Pal., 1904, 2, 422 (l'arrêt du 22 mai 1901 est de la 6^e chambre).

(2) V. sur tous ces points note Wahl, S. 1905, 2, 121.

(3) Gaz. Pal., 1909, 1, 195.

primée à ce sujet. « Considérant que l'existence de la mauvaise foi, pourtant déduite par le tribunal d'un ensemble de circonstances qui seraient probantes, est absolument sans effet sur la résolution du contrat, puisque l'article du Code civil invoqué (2279) ne s'applique pas à la vente d'un meuble incorporel.

. que c'est là une universalité juridique dont la propriété ne peut se transmettre par simple tradition et que le vendeur non payé a le droit d'évincer le sous-acquéreur qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi : que X objecte vainement qu'il aurait rempli les formalités d'usage, publicité, insertion ou autres qu'aucune loi ne reconnaît ou n'organise et qui sont dès lors incapables de purger le fonds vendu du droit de suite dont il est grevé ; que ces mesures, généralement adoptées en matière commerciale, ont pour but de prémunir l'acquéreur contre la revendication tardive des créanciers chirographaires le plus souvent inconnus, sans pouvoir concerner la créance du prix de vente, non plus que l'action résolutoire qui la garantit et qui rentrent dans la catégorie de ces obligations que tout acheteur doit prévoir ; que celui-ci serait d'ailleurs en faute de ne pas les avoir connues, car la plus vulgaire prudence lui commandait d'exiger la production du titre de propriété et la quittance du prix ».

Mais l'impression générale qui se dégage de l'étude des diverses décisions sur ce point, avant la loi de 1909, est celle d'une incertitude générale et des difficultés auxquelles se heurtaient ainsi les tribunaux, plus soucieux de faire triom-

pher dans chacune des espèces qui leur était soumise, les intérêts qui leur paraissaient le plus respectables, que de se laisser guider dans tous les cas par un principe absolu et consciemment adopté (dans le sens du droit d'exercice de l'action résolutoire contre les sous-acquéreurs on peut citer Tribunal de Commerce de la Seine, 14 janvier 1903, la loi du 27 janvier 1903 ; 4 mars 1905, 9 mars 1905, le droit du 17 mai 1905 ; Rouen, 5 février 1902, *Gaz. Pal.*, 1902, 1,462 ; en sens contraire V. Commerce Seine, 28 mars 1903, *Gaz. Pal.*, 1903, 220 ; 23 septembre 1903. *Gaz. Pal.*, 1903, 2,607 ; Paris, 27 juin 1904, S. 1905, 2,121).

SECTION III

Créanciers nantis

A côté des créanciers purement chirographaires, qui ne sont nullement protégés contre les aliénations de certains éléments de leur gage consenties par leur débiteur, si ce n'est par l'exercice toujours aléatoire de l'action Paulienne ; à côté du vendeur non payé, créancier du prix de vente qui conserve, dans la mesure que nous avons précédemment indiquée, le droit de se faire payer sur le prix de revente de l'effet mobilier à raison duquel sa créance est née, il y a certains créanciers auxquels le débiteur a, sur certains effets mobiliers de son patrimoine, consenti une sûreté particulière. Nous avons déjà vu comment cette

sécurité des créanciers en matière mobilière ne pouvait en principe, être assurée que par le dessaisissement du débiteur au profit du créancier ; l'effet ainsi remis en gage, ne pouvant plus alors être aliéné et ne courant plus le risque d'être acquis et possédé par un tiers, pouvant utilement invoquer la maxime de l'article 2279. Mais un tel dessaisissement ne peut être consenti par le commerçant qui veut utiliser son fonds comme instrument de crédit et le consacrer à la sûreté de ses créanciers. Sa nature de bien incorporel résiste, dans une certaine mesure, à une pareille prise de possession par le créancier gagiste. Elle serait, d'autre part, désastreuse au point de vue des intérêts du débiteur commerçant et constituerait, au point de vue économique, un non sens. La loi du 1^{er} mars 1898, complétant sur ce point l'article 2075 du Code civil, était venue inaugurer en la matière au profit des créanciers et en matière de fonds de commerce un procédé spécial de nantissement, réalisé à l'aide d'une inscription prise au greffe du Tribunal de commerce et d'une certaine publicité, en supprimant le dessaisissement du débiteur qui demeure à la tête de son commerce et continue à le gérer comme auparavant. Mais alors naît un danger qu'écarte le procédé ordinaire et normal du nantissement, et se pose une question que le gage en principe ne fait pas naître. Le débiteur, demeurant en possession du fonds de commerce donné en gage à son ou à ses créanciers, pourra le vendre et le livrer à un acheteur qui, lui-même, pourra le revendre à son tour. Quelle va être, à l'égard de ces acqué-

reurs et sous-acquéreurs, la situation du ou des créanciers nantis ? Quels vont être leurs droits ? Auront-ils le droit de suite ? C'est la question que nous devons nous poser maintenant. Comment était-elle résolue avant la loi du 19 mars 1909 ?

Il faut remarquer tout d'abord que la difficulté se présente ici dans des conditions un peu différentes de celles dans lesquelles le problème doit être envisagé en ce qui concerne le vendeur, car il ne saurait être question ici de sous-acquéreurs, plus généralement, de tiers de bonne foi. Le nantissement suppose nécessairement une inscription sur le registre du greffe qu'il est toujours possible de consulter et une publicité qui doit, en principe, avertir les tiers du gage ainsi consenti. Aussi les controverses étaient-elles nécessairement moins vives et s'accordait-on généralement à reconnaître, ici, l'existence et l'exercice du droit de suite au profit des créanciers gagistes. Cependant, de sérieuses résistances s'étaient fait jour aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence.

En doctrine tout d'abord, si certains auteurs (1) admettaient l'exercice du droit de suite, d'autres (2) au contraire, le repoussaient avec véhémence. « Nous n'hésitons pas, disaient MM. Boutaud et Chabrol, à admettre que le créancier nanti garde son droit sur le fonds ; il est en effet, universellement admis que la règle « en fait de

(1) Boutaud et Chabrol, *op. cit.*, n. 333.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, n. 81. p. 71 ; Wahl, note, S. 1901, 2, 177.

meubles, possession de bonne foi vaut titre » ne s'applique qu'aux meubles corporels et non aux meubles incorporels... dès lors l'action des créanciers, ne se heurtant plus à la fin de non recevoir de l'article 2279, ne saurait être repoussée par le tiers détenteur. » Pour M. Walh, au contraire, dont l'opinion au premier abord paraît fournir aux créanciers nantis une situation plus favorable, on doit partiellement aboutir à des conséquences différentes. Le privilège du créancier gagiste sur le fonds de commerce ne doit pas être assimilé à une véritable hypothèque, permettant aux créanciers, en présence d'une aliénation valablement consentie par le débiteur, d'exercer le droit de suite à l'égard de l'acquéreur du meuble grevé du privilège. Il considère qu'en principe l'aliénation consentie par le débiteur n'est pas opposable aux créanciers gagistes (1). La loi voit en effet, dans le nantissement des fonds de commerce, un nantissement véritable ; il faut lui appliquer les règles du nantissement et non celles de l'hypothèque, et reconnaître au créancier gagiste le droit de rétention que lui concède l'article 2076-2082 du Code civil. Bien que le fonds de commerce soit demeuré en la possession du débiteur, il est réputé juridiquement en la possession du créancier pour le compte duquel possède le débiteur qui n'a pas, en conséquence, le droit d'aliéner : l'aliénation supprimerait la possession qu'il s'est engagée à maintenir. C'est une situation analogue à celle du privi-

(1) V. dans le même sens, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. et loc. cit.* ; Lyon-Caen et Renault, t. III, n. 285 *bis*, p. 234.

R. Delorme.

lège du bailleur sur les meubles garnissant les lieux loués. Il y a une différence entre la faculté ainsi reconnue au créancier nanti et le droit de suite. Ce n'est pas sur le sous-acquéreur que le créancier poursuivra la réalisation de son gage, conformément à l'article 2078 du Code civil, mais sur la tête du débiteur directement (1). Le sous-acquéreur, dans cette théorie qui est plus particulière à M. de Loynes (2), ne percevra peut-être pas exactement la différence entre l'exercice du privilège conformément à l'article 2078 du Code civil et l'exercice d'un véritable droit de suite ; dans un cas comme dans l'autre, il sera dépouillé. Il y a cependant une différence considérable entre les deux résultats au point de vue du ou des créanciers gagistes. M. Wahl l'indique clairement dans une note du (S. 1905, 2, 155) où il distingue entre le droit de suite de la première et de la deuxième espèce. Dans cette note M. Wahl aboutit à des conséquences identiques à celles retenues par M. de Loynes. « Le créancier gagiste, dit-il de façon formelle, peut exercer un droit de suite si la vente porte sur le fonds de commerce ou sur l'un des éléments de ce fonds, sans que cet élément perde son caractère par la vente, par exemple sur l'ensemble des marchandises ou sur l'ensemble du matériel ou de la clientèle ; en pareil cas, le créancier gagiste peut invoquer le droit de suite, mais le droit de suite de la deuxième espèce ;

(1) Sur cette distinction, v. aussi de Loynes, note, D. 1909, 2, 1, et spécialement, p. 3, col. 2, *in fine*.

(2) *Op. et loc. cit.*

il peut, en d'autres termes, faire rentrer la chose dans le patrimoine et dans la possession du constituant, mais non pas la poursuivre entre les mains du sous-acquéreur. Le fonds ici rentrera dans la possession du débiteur constituant, au lieu d'être saisi directement par le créancier gagiste. La différence consistera seulement en ce que la revendication exercée par le créancier gagiste a pour effet de remettre les choses en l'état où elles étaient avant l'aliénation. Elle fonctionne ici comme une action résolutoire. » Malgré cette différence de détail, on peut donc dire que la doctrine consacrait ici le droit de suite au profit du créancier gagiste à l'encontre des tiers qui ne pouvaient jamais invoquer leur bonne foi, puisque les publications et l'insertion avaient pour effet de les avertir toujours de l'existence du nantissement.

Dans leur ensemble également, on peut dire que les décisions jurisprudentielles consacraient ici le droit de suite, malgré quelques résistances que nous aurons à expliquer. Mais on peut dire également que la distinction, admise en doctrine entre l'action en revendication conséquence du gage, et le droit de réalisation forcée permettant à un créancier nanti de faire vendre le fonds sur la tête du débiteur après l'avoir fait rentrer dans le patrimoine du constituant, n'a généralement pas été admise par les arrêts.

Un arrêt de la Cour de Paris et un jugement du Tribunal de commerce de la Seine des 16 Novembre 1904 et 3 juin 1904 (S. 1905, 2, 233) ont fourni à M. Walh l'occasion de regretter la confusion faite ainsi par la juris-

prudence. Aux termes de ces deux décisions, l'inscription du nantissement a pour résultat de rendre le nantissement opposable à tous les tiers sans exception. Il n'est pas nécessaire que le créancier nanti fasse des notifications individuelles aux acquéreurs ou sous-acquéreurs, mais il ne peut en principe s'opposer aux actes de transmission de propriété. Le fonds demeure cependant entre les mains du débiteur constituant ou du tiers acquéreur grevé du privilège jusqu'à complète extinction de la dette qu'il garantit. Le créancier, à défaut de paiement de sa créance, est fondé à poursuivre entre les mains du dernier sous-acquéreur la réalisation du gage et la mise à prix fixée par le tribunal.

Mais la situation du sous-acquéreur, dans cette opinion, est beaucoup moins avantageuse que celle du détenteur de l'immeuble hypothéqué, car il ne jouit d'aucun droit de purge et ne peut, d'aucune manière, s'assurer une possession paisible et durable. Ainsi que le fait remarquer M. Wahl lui-même, le droit d'expropriation non corrigé par le droit de purger devient une iniquité insupportable. Aussi ce danger et ces inconvénients avaient-ils dicté à certaines juridictions une opinion contraire et leur avaient fait repousser la concession du droit de suite ou de l'action en revendication, sans que la distinction fut clairement faite aux créanciers nantis.

« Attendu, disait le Tribunal de commerce de Rouen (1),

(1) 20 mars 1903, S. 1905, 2, 153.

que l'obligation pour le créancier de demeurer saisi pour continuer à jouir de son privilège est d'autant plus étroite, que le propre du nantissement sur le fonds de commerce est de se trouver purgé dès le moment où le fonds cesse d'être la propriété du débiteur, le principe d'ordre public d'après lequel le gage doit être révélé aux tiers ne permettant pas qu'il en soit autrement et le droit de suite en la matière ne pouvant s'exercer sans créer le nantissement occulte ». D'ailleurs, dit encore le Tribunal, si le créancier gagiste est ainsi condamné à une surveillance plus étroite, il n'est pas pour cela désarmé contre une aliénation faite en fraude de ses droits, puisqu'il peut attaquer toute mutation dolosive et en poursuivre l'annulation. De même une ordonnance de référé du Président du Tribunal de la Seine du 19 décembre 1900 (D P. 1901, 2, 110) avait décidé que la loi du 1^{er} mars 1898, qui ne faisait que subordonner la validité du nantissement à l'accomplissement de formalités de publicité, ne contredisait en rien les principes généraux du gage ; que les créanciers chirographaires conservent nonobstant le droit de faire vendre l'objet donné en gage et que le privilège du créancier nanti s'exerce seulement sur le prix de la vente à en provenir. En conséquence, cette ordonnance décidait que la mise en vente du fonds de commerce donné en nantissement aurait lieu malgré l'opposition du créancier nanti sur les poursuites exercées par les créanciers purement chirographaires : c'était refuser au créancier nanti tout droit de suite parce que tout droit réel. De même encore, le Tribunal civil de la Seine décidait

le 16 avril 1902 (1), tout en reconnaissant que l'inscription au greffe du Tribunal de Commerce de l'acte de nantissement du fonds de commerce suffit pour assurer aux créanciers gagistes un privilège sur tous les éléments qui concourent à la copropriété de cette universalité, que le privilège du créancier gagiste est un privilège spécial, c'est-à-dire qu'il ne peut s'exercer que sur le prix de l'objet donné en gage.

Cependant malgré ces résistances et malgré ces inconvénients, le droit de suite du créancier nanti était consacré par la grande majorité des arrêts et même par le Tribunal de la Seine (2).

Mais le créancier nanti pouvait se trouver en présence d'une aliénation portant non sur le fonds envisagé *in globo*, mais sur des éléments individuels de ce fonds, marchandises, matériel etc. Pour la solution adoptée en pareil cas, il fallait distinguer selon la nature de l'objet aliéné.

Si le débiteur avait disposé d'éléments incorporels pouvant par hypothèse se séparer du fonds, tel qu'un brevet d'invention ou une marque de fabrique cette aliénation n'était pas opposable au créancier gagiste car l'article 2279 n'est certainement pas applicable aux meubles incorporels.

Mais si l'aliénation avait porté sur les éléments matériels du fonds les articles 2279 et 2280 pouvaient-ils recevoir leur application ?

L'article 2279 devait certainement mettre à l'abri le sous-acquéreur de toute revendication de la part du créan-

(1) D. P. 1902, 2, 239.

(2) Trib. comm. Seine, 8 juin 1904, Gaz. Pal., 1904, 2, 459.

cier nanti. Cependant, quelques auteurs (1) avaient songé à faire application à cette matière de l'alinéa 5 de l'article 2102. 1^o du Code civil et d'assimiler la vente à une sorte de vol de gage, permettant ainsi au créancier nanti de revendiquer le meuble vendu entre les mains du sous-acquéreur à charge de lui rembourser, d'ailleurs, le prix d'acquisition lorsque cette acquisition avait été réalisée dans les conditions de l'article 2280 du Code civil.

Encore fallait-il distinguer suivant que l'aliénation portait sur des marchandises ou sur le matériel ou tout autre élément corporel du fonds.

Si l'aliénation portait sur des marchandises, le créancier nanti ne pouvait certainement pas invoquer ici la revendication, car il avait par hypothèse consenti à l'aliénation. Si le débiteur constituant demeure en possession, c'est justement pour continuer à exercer son activité, à gérer son fonds de commerce et par conséquent à vendre les marchandises de ce fonds. Si, au contraire, l'aliénation portait sur le matériel même du fonds, ustensiles, meubles meublants, chevaux, et voitures, le consentement du créancier nanti à l'aliénation devait être plus difficilement supposé, sauf dans le cas où l'aliénation n'était qu'un acte de bonne administration, parce qu'il s'agissait d'un mobilier usé ou d'un matériel hors d'usage.

Cependant cette opinion, qui, limitée par l'obligation pour le créancier revendiquant de rembourser au sous-ac-

(1) Boutaud et Chabrol, *op. cit.*, p. 367.

quéreur le prix de son acquisition, pouvait ne pas présenter en pratique de grands dangers, n'avait pas été admise en jurisprudence, et un certain nombre de décisions avaient nettement refusé le droit au créancier nanti, dans tous les cas, d'exercer le droit de suite à l'encontre de l'acquéreur d'un meuble sans aucune distinction (1).

« Attendu, disait le Tribunal de Nice, que la disposition additionnelle à l'article 2075 C. civ. vise le fonds de commerce en tant qu'universalité constituant un ensemble incorporel ; mais que rien ni dans son texte, ni dans sa discussion n'indique qu'il put ou dut s'appliquer à un objet mobilier pris isolément, contrairement aux dispositions anciennes du même article, que si l'acheteur d'un fonds de commerce ou le fournisseur sont tenus de s'assurer au greffe que le fonds est libre de tout cautionnement, il n'en est pas de même de celui qui achète un objet mobilier, dépendant dudit fonds, alors d'ailleurs qu'une fraude n'est ni alléguée, ni prouvée à son encontre. »

On aurait pu songer enfin à protéger plus énergiquement encore le créancier nanti. L'inscription au greffe devant équivaloir à une véritable prise de possession, on aurait pu concevoir que le constituant ne fut plus alors que le dépositaire des éléments corporels constituant le gage, de telle sorte que la vente de ces éléments consentie par lui pût être assimilée à un véritable abus de confiance. Mais en pareil cas, on aurait dû alors appliquer l'article 408 du

(1) V. Trib. comm. Rouen, 13 mars 1903, *J. des faill.*, 1903, 375 ; — Trib. comm. Nice, 2 mars 1904, *Le Droit*, 24 juin 1904.

Code pénal. En matière criminelle, de pareilles extensions sont impossibles. C'est ce que décidait le même jugement de Nice : « Attendu que c'est à tort que le créancier X prétend que, par suite du nantissement, il serait devenu le véritable possesseur des objets mobiliers en dépendant (du fonds de commerce) dont le débiteur Baillet n'aurait plus eu que la détention précaire. Attendu, tout d'abord, que l'article 2279 C. civ. vise le possesseur matériel de l'objet mobilier et n'admet la précarité qu'en cas de perte ou de vol. Attendu, en second lieu, que, si la thèse du créancier était vraie, il en résulterait que le débiteur aurait commis un abus de dépôt lequel n'est pas visé par l'article 2279 du Code civil, mais par l'article 408 du Code pénal). »

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE I

HISTORIQUE DE LA LOI DU 19 MARS 1909

L'insuffisance de la législation que nous venons de signaler et les fraudes multiples qu'elle rendait possibles n'avaient point été sans attirer depuis longtemps l'attention des Chambres de commerce.

Un premier projet de loi avait été déposé au Sénat en 1885, le 14 juillet, par MM. Mazeau et Dietz-Monnin. Cette proposition avait été préparée et en quelque sorte déterminée par les vœux et les réclamations des intéressés. La Chambre de commerce de Dijon, dans une délibération du 26 avril 1882, avait renouvelé un vœu déjà émis par elle en 1881 relativement à la publication obligatoire de la vente des fonds de commerce ; 35 Chambres de commerce avaient également pris des délibérations dans le même sens, notamment celles de Paris, de Marseille, Rouen, le Havre, Amiens, Saint-Quentin, Nancy, Nîmes, Toulouse, Tourcoing.

Mais les auteurs du projet de loi rappelaient que si l'usage s'était établi à Paris, à Lyon et dans quelques autres grandes villes de faire publier ces ventes, cet usage, sanctionné d'abord par les Tribunaux dans les régions où il existait, paraissait avoir été abandonné. On considérait en effet comme nous l'avons indiqué, que, lorsque la loi avait subordonné la validité d'un acte à l'accomplissement d'une formalité, elle avait pris soin de le déclarer formellement et qu'il ne pouvait être suppléé à son silence ; d'autre part, la Chambre de commerce de Lyon avait déclaré qu'il ne lui paraissait pas que l'obligation de la publicité fût un moyen absolument efficace de lutter contre la mauvaise foi.

Dans tous les cas, les publications, dans les régions où elles étaient observées et régulièrement effectuées, pouvaient, en présence de l'attitude de la jurisprudence, être inutiles et même dangereuses, car elles donnaient au tiers acquéreur une confiance et une sécurité illusoire.

D'autre part, certaines Chambres de commerce considéraient que, même en donnant aux publications un caractère obligatoire, on aboutirait en fait à des solutions dangereuses ; il y aurait un inconvénient, disait la Chambre de commerce de Reims, à obliger à rendre publics des actes essentiellement privés de leur nature, à assujettir les vendeurs et les acquéreurs du fonds de commerce, quelque honorables et solvables qu'ils fussent, à initier tout le monde à leurs affaires et porter ainsi atteinte à la liberté des conventions.

Malgré ces critiques, les auteurs de la proposition n'avaient pas hésité à proposer un système de publicité

obligatoire. « La prudence sans doute, disaient-ils, doit présider aux transactions ; mais elle peut être en défaut comme toutes les vertus humaines et c'est précisément pour ce cas que la loi intervient légitimement, afin de protéger la bonne foi contre la fraude. Elle ne devient pas pour cela une sorte de loi des suspects. Quant au danger qui naîtrait de la publicité donnée à des actes privés, il nous semble bien chimérique. N'oublions pas, en effet, qu'il s'agit ici d'une formalité facultative, en ce sens que l'acheteur pourra toujours s'en dispenser à ses risques et périls ; il saura seulement qu'en ne la remplissant pas il sera, le cas échéant, responsable vis-à-vis des créanciers de son vendeur. »

On pouvait au surplus citer un précédent officiel emprunté à la législation algérienne. Un arrêté du Gouverneur de la Colonie du 19 décembre 1831 avait déclaré que l'acheteur de toute boutique ou fonds de commerce situé dans la ville d'Alger resterait chargé, malgré la vente qui en serait faite, des dettes contractées par le vendeur relativement à ce fonds de commerce, soit pour loyer, soit pour fournitures de marchandises, à moins que le vendeur ou l'acheteur n'ait donné communication de la transaction par voie d'affiche à la Chambre de commerce d'Alger et qu'il n'ait déposé un extrait de l'acte de vente au greffe de la Cour de Justice... Cet arrêté a d'ailleurs été abrogé par décret du 15 septembre 1834 (1). Ce n'était pas propre-

(1) Code algérien, Larcher, p. 124.

ment un droit de suite que consacrait cet arrêté, analogue à un privilège ou une hypothèque mobilière, mais une responsabilité personnelle de l'acheteur dont les biens, et notamment le fonds, pouvaient être saisis et vendus par les créanciers du précédent vendeur ; cependant, [au point de vue pratique, cette solution accordait aux créanciers du vendeur une protection au moins aussi efficace, elle imposait même à l'acquéreur une responsabilité et des risques plus lourds que l'exercice normal du droit de suite.

Les auteurs de la proposition de 1885 estimaient, au surplus, qu'il était préférable de légiférer par voie d'addition à l'article 109 du Code de commerce, qui contient à lui seul toutes les règles spéciales aux achats et aux ventes commerciales. Ils n'estimaient pas qu'une loi spéciale fût indispensable et leur proposition comportait un article unique, prescrivant simplement trois publications obligatoires sans préciser d'ailleurs à partir de quel moment courait le délai de quinzaine imparti aux créanciers pour faire opposition. Elle ne contenait aucune disposition concernant le privilège du vendeur ou le droit de suite des créanciers, sur le fonds de commerce. Un autre projet de loi déposé, dans le même sens par M. Dufaure, garde des sceaux, n'aboutit pas davantage.

Cependant après l'échec de ces propositions, des réclamations et des vœux furent à nouveau formulés par les intéressés. Au cours de la discussion de la loi du 1^{er} mars 1898 sur le nantissement des fonds de commerce, M. Thezard, rapporteur, déclarait qu'il conviendrait de généraliser la

réforme en l'étendant par identité de motifs à la cession même du fonds de commerce, reconnaissant que la publication de la cession des fonds de commerce eût été aussi désirable que celle du nantissement ; mais il considérait que la réforme présentait de trop multiples aspects pour pouvoir être immédiatement abordée et craignait que sa discussion immédiate n'eût pour effet de retarder le vote de la réforme du nantissement qu'il considérait comme plus urgente.

La loi du 1^{er} mars 1898 a révélé elle-même, dans la pratique, des imperfections et des lacunes graves auxquelles de nouvelles propositions de loi ont tenté presque immédiatement de porter remède. La première en date est le projet déposé à la Chambre des députés le 25 février 1899 (1) par M. Lebreton, garde des sceaux ; ce projet devint d'ailleurs caduc par suite de l'expiration de la 7^e Législature avant qu'il eût été rapporté. S'inspirant des desiderata si souvent formulés dans les milieux commerciaux, M. le député Authier déposa, le 13 février 1902 (2), une proposition de loi qui ne fut jamais discutée.

La société d'études législatives a élaboré, dans une commission présidée par M. Thaller, un avant-projet comprenant 29 articles qui a fait l'objet d'un rapport présenté par M. Percerou.

La proposition déposée le 6 novembre 1905 à la Chambre

(1) Annexe 784, *J. O.*, annexes, p. 814.

(2) Annexe n° 2997, *J. O.*, annexes, p. 157.

par M. Boury (1) a le mérite de signaler pour la première fois en termes exprès, dans un document parlementaire, le droit de suite qui nous intéresse particulièrement. « L'assimilation du nantissement à l'hypothèque, lit-on dans l'exposé des motifs, devrait emporter pour le créancier nanti le droit de suivre son gage entre les mains de la personne qui a fait l'acquisition du fonds de commerce. Le droit de suite est consacré par notre article 9 qui n'est que la reproduction de l'article 18 § 1 de la loi de 1874 sur l'hypothèque maritime. » Cet article 9 était ainsi conçu : « Les créanciers ayant nantissement inscrit sur le fonds de commerce le suivent en quelques mains qu'il passe suivant l'ordre de leur inscription ». L'article 10 organisait une procédure de purge analogue dans ses grandes lignes à celle du projet de M. Cordelet, devenu la loi du 19 mars 1909.

La vente des fonds de commerce, malgré l'indication presque officielle de la nécessité d'une réforme par M. Thezard, n'a fait l'objet que d'une seule proposition de loi déposée par M. Gervais le 24 mars 1902 (2). Cette proposition est intéressante, d'abord parce qu'elle consacre le droit de surenchère même au profit des créanciers chirographaires ensuite parce qu'elle réglemente l'apport du fonds de commerce en société, point que jusqu'alors on n'avait jamais encore envisagé et qui présente cependant en pratique de sérieuses difficultés de même qu'il avait été l'objet

(1) Doc. Parl., annexes, 2712, 1905.

(2) Doc. Parl., Chambre, 1902, annexe 3138, p. 374.

et l'occasion de fraudes multiples. Or éviter et réprimer ces fraudes tel était le but essentiel visé par le projet. « Le droit de surenchérir, dit l'exposé des motifs pour tout créancier, la modification de la loi sur la mise en société du fonds de commerce amènera, au moins en partie, le résultat cherché. Le droit de surenchérir empêcherait les dissimulations de prix de la vente du fonds. Les créanciers y trouveraient, comme l'Etat, toutes les garanties désirables. L'obligation pour toute société de prendre en charge le passif grevant le fonds de commerce, aux conditions et sous les réserves indiquées par le projet, sauvegarderaient les intérêts des créanciers et ceux des associés. Ces précautions, ces conditions et réserves indiquées ainsi sont d'une part la nécessité pour le créancier de se faire connaître dans le délai de dix jours à compter de la publication de l'acte de société et la faculté pour les associés de demander après ce délai non la nullité de l'apport mais la nullité du contrat de société. » Mais le projet ne faisait aucune allusion au droit de suite du vendeur.

La proposition de loi, qui est devenue la loi du 19 mars 1909, a été déposée par M. Cordelet au Sénat le 24 mars 1905(1). Elle fut l'objet d'un rapport sommaire de M. Guillier le 8 juin 1905 (2).

« La proposition de loi de notre collègue, disait-il, touche à des questions qui présentent pour le commerce le plus

(1) Doc. parl., Sénat, annexes n° 73, *J. Off.* du 21 mai 1905, p. 151.

(2) Annexe 161, *J. Off.* du 29 oct. 1905, p. 499.

haut intérêt ; elle a pour objet de remédier à une situation que tout le monde s'accorde à reconnaître extrêmement fâcheuse, puisqu'elle laisse la porte ouverte à la fraude et à la mauvaise foi. Elle comble les lacunes que l'expérience a révélées dans l'œuvre du législateur de 1898. »

Prise en considération à la suite de ce rapport sommaire le 20 juin 1905, et renvoyée à une commission spéciale, elle fut développée, dans un second rapport de son auteur en date du 27 janvier 1907 (1). La première délibération eut lieu au Sénat les 16, 23 et 24 mai 1907 (2) et M. Cordelet fit un rapport supplémentaire le 29 novembre 1907 (3) et la deuxième délibération eut lieu les 6 et 13 mars 1908. Ce jour là le projet fut adopté. Elle fut transmise à la Chambre des députés le 19 mars 1908 (4) et fit l'objet d'un rapport de M. Louis Baudet le 22 janvier 1909. (5) Déclarée d'urgence, elle fut adoptée sans discussion le 8 février 1909 (6). Revenue au Sénat le 9 février 1909 (7), après un nouveau rapport de M. Cordelet le 18 février 1909 (8), elle fut déclarée d'urgence, discutée et adoptée le 2 mars 1909 (9).

(1) Annexe 14, *J. Off.* du 7 sept. 1907.

(2) *J. Off.* des 17, 24 et 25 mai 1907, p. 632, 654, 658 et suiv.

(3) Annexe n° 133, *J. Off.* du 5 janvier 1908, p. 48.

(4) *J. Off.* du 9 mars 1908, annexe 1601, p. 242.

(5) Annexe 2267.

(6) *J. Off.* du 9 février 1909, p. 295.

(7) Annexe 25, *J. Off.* du 27 mars 1909, p. 30.

(8) Annexe 34, *J. Off.* du 27 mars 1909, p. 31.

(9) *J. Off.* du 3 mars 1909, p. 163.

Les articles concernant les formalités de la vente, le privilège du vendeur et son droit de suite furent adoptés sans discussion ; seuls deux points spéciaux donnèrent lieu à un échange d'observations dont la valeur critique paraissait devoir se contrebalancer.

Le premier fut une question de compétence. Le projet primitif obligeait le créancier, qui voulait poursuivre la vente du fonds de commerce, à assigner le tiers détenteur devant le Président du Tribunal civil statuant en référé. Les Chambres de commerce et les Chambres syndicales qui avaient fait du projet l'objet de leurs délibérations avaient proposé la substitution à cette compétence du juge des référés de celle de la juridiction consulaire, spécialement instituée pour trancher les différends d'ordre commercial. M. Vallé se fit l'écho de ces délibérations et de ces vœux et parvint à faire modifier dans ce sens le texte du projet, malgré l'opposition de M. Legrand. Le second point qui donna naissance à certaines protestations fut le droit de surenchère du sixième, donné aux créanciers opposants par l'article 5 ; M. Legrand, se séparant ici de l'opinion de la commission dont il était membre, demanda la suppression de ce droit, mais il ne put l'obtenir.

Le rapport de M. Baudet, rapporteur à la Chambre des députés, concluait ainsi : « La proposition que nous venons d'analyser brièvement a fait l'objet au Sénat d'une discussion dont nous avons résumé les points principaux. Il semble que les arguments fournis aient épuisé le sujet et que cette loi prévoie et résolve de façon satisfaisante les principales

difficultés qui peuvent surgir à l'occasion de la vente ou du nantissement des fonds de commerce. » Tel fut sans doute l'avis de la Chambre, puisque, lorsque la loi fut présentée à la séance du 8 février 1909, aucun orateur ne demanda la parole ni sur la discussion générale, ni sur la discussion des articles. Une modification de détail concernant l'application de la loi à l'Algérie et aux Colonies — application pour les conditions de laquelle la Chambre jugea nécessaire un règlement d'administration publique — nécessita le retour de la loi au Sénat où elle fut adoptée définitivement comme nous l'avons indiqué le 2 mars 1909.

La loi était promulguée depuis 2 jours seulement, lorsque M. Cordelet, à la séance du 19 mars 1909, déposa une nouvelle proposition modifiant l'article 37 de la nouvelle loi aux termes duquel la loi nouvelle ne devait être exécutoire que six mois après sa promulgation, un règlement d'administration publique devant durant ce délai déterminer les conditions pratiques d'application ; M. Cordelet, le 19 mars 1909, proposait de rendre la loi immédiatement exécutoire. Il y avait à cela un grand intérêt. En effet, pendant ce délai de six mois, on aurait laissé sous l'empire de l'ancienne législation non seulement toutes les ventes mais encore tous les nantissements de fonds de commerce qui auraient été consentis dans l'intervalle.

Les vendeurs, à défaut de privilège, auraient continué à exercer l'action résolutoire même contre des tiers de bonne foi : ils seraient restés par contre désarmés en présence de la faillite par application de l'article 550,

C. comm. Enfin les créanciers gagistes auraient continué à prendre inscription sans qu'aucun délai leur soit imparti pour cela. D'autre part, le règlement d'administration publique n'avait guère d'utilité que pour régler des points de détail sur les droits à percevoir par le greffier.

Le Sénat et la Chambre des députés adoptèrent cette proposition nouvelle qui devint la loi du 1^{er}-2 avril 1909.

Il est peu probable que la loi du 19 mars 1909, qui est en quelque sorte la charte de la vente et du nantissement des fonds de commerce, et qui est surtout une loi d'affaires, soit remaniée d'ici longtemps : il y a lieu de penser qu'elle modifiera la pratique plutôt qu'elle ne sera modifiée par elle. Les agents d'affaires traitant des ventes de fonds de commerce, si nombreux à Paris et dont l'intervention toujours onéreuse pèse lourdement sur le petit commerce, appréhenderont de se soumettre à ses exigences détaillées. En somme, dans ses grandes lignes, cette loi s'adapte trop bien aux besoins commerciaux révélés par la pratique pour que l'on songe à la modifier au moins dans ses dispositions essentielles. Sans doute, ainsi que l'a fait observer l'auteur même de la proposition, elle n'a pas la prétention de résoudre toutes les difficultés auxquelles peuvent donner lieu la vente et le nantissement des fonds de commerce. Il ne saurait être question de codifier toutes les règles de la matière ? Ce qui concerne la capacité des parties, les conditions générales de la vente, les obligations du vendeur et de l'acheteur demeure régi par les principes de droit commun. La loi nouvelle a surtout pour objet de ré-

gler, par des textes précis, les principales difficultés révélées par la pratique dans une matière qui a donné naissance à une jurisprudence touffue et abondante et, il faut bien le dire, un peu contradictoire, au moins hésitante.

Economie générale de la loi du 19 mars 1909.

La loi comprend trois chapitres : le premier traite de la vente, le deuxième traite du nantissement, le troisième, des dispositions communes à la vente et au nantissement.

Elle contient des dispositions et édicte des mesures qui ont pour objet la protection des trois catégories d'intéressés que nous avons déjà déterminées.

En ce qui concerne d'abord les créanciers chirographaires, elle protège leurs intérêts en empêchant les mises en société des fonds de commerce au détriment des créanciers antérieurs, elle remédie aussi aux dissimulations du prix véritable en autorisant, de la part des créanciers opposants, des surenchères qui sont, en quelque sorte, suscitées par la publicité obligatoire des ventes de fonds de commerce. Elle soustrait les marchandises à l'emprise du privilège du créancier nanti, empêchant ainsi que tout l'actif du commerçant soit attribué aux créanciers nantis au détriment des fournisseurs courants de l'exploitation.

En ce qui concerne le vendeur, elle réorganise son privilège et limite l'exercice de l'action résolutoire à la durée du privilège. Elle réglemente, avec une précision appré-

ciable, les droits du vendeur non payé. Son privilège devient opposable à la faillite du débiteur.

En ce qui concerne les créanciers nantis, elle réorganise leur privilège tant en ce qui concerne son inscription, qui devient obligatoire dans un court délai et le rend ainsi public, qu'en ce qui concerne les mentions relatives au déplacement du fonds, aux antériorités et aux radiations totales ou partielles.

Nous étudierons maintenant en détail les dispositions de la loi nouvelle au point de vue du droit de suite qui fait spécialement l'objet de cette étude et nous le ferons en envisageant successivement la situation des créanciers chirographaires, celle du vendeur et celle des créanciers nantis.

CHAPITRE II

DROITS DES CRÉANCIERS DU COMMERÇANT SUR LE FONDS DE COMMERCE APRÈS LA LOI DU 19 MARS 1909

SECTION I

Créanciers chirographaires.

Suivant M. Bouvier Bangillon (1), la grande innovation de la loi du 19 mars 1909 consisterait en ce qu'elle accorderait un droit de suite aux créanciers chirographaires. Ce droit, dit-il, est incontestable. Il l'est d'autant plus que le législateur, en perfectionnant la publicité et en organisant la vente du fonds de commerce, a créé, comme complément de cette publicité, un droit de surenchère pour les créanciers chirographaires. Le droit de surenchère se lie à la purge du droit de suite dont elle est le correctif; d'après lui au surplus la jurisprudence antérieure à la loi, ayant dépourvu les publications effectuées

(1) *De la vente et du nantissement des fonds de commerce*, n°s 154, 155 et suiv.

de toutes sanctions légales, reconnaissait en fait aux créanciers un véritable droit de suite. Cette solution ne serait pas d'ailleurs sans exemple dans notre législation. L'article 190 § 2 du Code de commerce reconnaît un tel droit de suite aux créanciers du vendeur de navire. L'article 190, C. comm. dispose en effet : « Les navires et autres bâtiments de mer sont meubles ; néanmoins ils sont affectés aux dettes du vendeur et spécialement à celles que la loi déclare privilégiées. »

Cette affirmation demande néanmoins à être examinée de près ; il faut nous demander qu'elle pourrait être sa nature, avant de rechercher, par l'examen des dispositions mêmes de la loi, si l'intention du législateur a été vraiment de conférer aux créanciers chirographaires une telle garantie.

Or, on peut avoir le choix entre plusieurs explications !

Tout d'abord, le droit de suite peut supposer l'existence d'un droit réel, analogue à un privilège ou à une hypothèque mobilière. On voit immédiatement quelles vont être les conséquences de ce droit réel, à supposer qu'il appartienne aux créanciers chirographaires.

Les créanciers chirographaires du vendeur vont pouvoir agir contre l'acquéreur qui n'aura pas payé son prix ou qui aura payé malgré les oppositions ou sans faire de publications. Ils pourront provoquer, en pareil cas, la saisie du fonds directement entre les mains de l'acquéreur, bien que ce dernier soit devenu propriétaire par la vente.

Ils pourront même agir contre un sous-acquéreur et

saisir entre ses mains le fonds, alors même que ce dernier aurait effectué vis-à-vis de son propre vendeur la purge des droits des créanciers opposants. Ils pourront, dans le cas où le fonds de commerce aura été mis pour le tout dans le lot de l'un des cohéritiers de leur débiteur, agir pour la totalité de leur créance contre le cohéritier, malgré le principe de la division de plein droit des dettes héréditaires, de même qu'un créancier hypothécaire peut agir pour le tout contre l'héritier auquel est échu l'immeuble hypothéqué à sa créance.

Enfin dans la répartition du prix du fonds ainsi exécuté, ils seront primés sans doute par les créanciers privilégiés du vendeur, mais ils primeront à coup sûr les créanciers privilégiés de l'acquéreur et à plus forte raison ses créanciers chirographaires.

D'après une deuxième opinion, le créancier chirographaire n'aurait pas un véritable droit réel, assimilable à un droit d'hypothèque. On dirait alors simplement que le droit de gage imparfait, qui appartient à tout créancier sur les biens de son débiteur et qui cesse de grever ces biens lorsqu'ils ont été aliénés par le débiteur, sauf réserve du droit d'exercer l'action Paulienne, persisterait en ce qui concerne le fonds de commerce malgré l'aliénation survenue. Il y aurait là une fiction légale par le bénéfice de laquelle, sans reconnaître aux créanciers simplement chirographaires un véritable droit réel, on admettrait simplement que le fonds est censé demeurer dans le patrimoine de leur débiteur tant que le prix n'en aurait pas été payé.

Avec cette explication, les créanciers chirographaires du vendeur seraient alors sans doute primés par les créanciers privilégiés de l'acquéreur mais, pour déduire jusqu'à l'extrême les conséquences de la fiction, on devrait décider qu'ils primeraient les créanciers chirographaires de l'acquéreur.

Enfin on peut concevoir que, après l'aliénation survenue, il n'existe plus aucun lien entre le fonds aliéné et les créanciers chirographaires, de telle sorte que leur droit soit entièrement circonscrit au prix de vente, sans qu'il leur soit permis de faire saisir et vendre le fonds de commerce entre les mains de l'acquéreur ou du sous-acquéreur, ni même de poursuivre pour le tout l'héritier attributaire du fonds.

De ces trois conceptions des droits de créanciers chirographaires, quelle est celle à laquelle les auteurs de la loi de 1909 se sont ralliés ?

M. Bouvier Bangillon admet l'existence d'un véritable droit réel au profit des créanciers chirographaires (ce qui est contradictoire au moins dans les termes) avec toutes les conséquences qui se déduisent logiquement de l'existence de ce droit réel.

Sur quels arguments se base-t-il pour en affirmer l'existence ?

La comparaison, qu'il établit entre la situation des créanciers chirographaires du commerçant à l'égard du fonds de commerce et celle des créanciers chirographaires du propriétaire de navire à l'égard de ce navire, l'amène à se de-

mander quelle est la nature du droit de suite accordée aux créanciers sur le navire.

Certains auteurs (1) leur ont refusé tout droit réel ; d'après ces auteurs, en décidant que le navire demeurerait affecté aux dettes du vendeur nonobstant la vente du navire, l'article 190 C. comm. a voulu dire que le droit de gage général qu'un créancier a sur le bien de son débiteur et qui, de droit commun, cesse d'exister quand le bien sort du patrimoine du débiteur, subsiste sur le navire nonobstant l'aliénation opérée : c'est en somme à la deuxième conception précédemment envisagée que ces auteurs se rattachent. D'autres, au contraire, et en particulier MM. Lyon-Caen et Renault (2) admettent l'existence d'un véritable droit réel et, d'après M. Bouvier Bangillon, ce droit réel serait reconnu par les auteurs *utilitatis causa*.

En réalité MM. Lyon-Caen et Renault donnent de leur opinion la raison suivante (3). « Quand il s'agit de créanciers privilégiés, le droit de suite n'est autre chose qu'un attribut du droit réel de privilège, attribut que la loi ne supprime pas pour les navires, comme elle le supprime pour les autres biens mobiliers. Quand il s'agit de créanciers chirographaires, le droit de suite conserve toujours le même caractère, c'est un des attributs des droits réels que la loi confère séparément à des personnes auxquelles en réalité aucun droit réel n'appartient. » Ces auteurs en

(1) Vermoud, *Manuel de droit maritime*, n° 32.

(2) *Traité de droit commercial*, t. VI, n° 1479.

(3) *Op. et loc. cit.*

concluent que les créanciers chirographaires de l'acheteur ne peuvent venir en concours avec ceux du vendeur.

Il en est de même, dit M. Bouvier Bangillon, en ce qui concerne les créanciers chirographaires du vendeur de fonds. Eux seuls ont le droit de former des oppositions au paiement du prix ; ils ont donc un droit réel.

Nous ne pouvons admettre ni le principe de l'existence de ce droit réel, ni les conséquences excessives qui en découlent logiquement. La concession aux créanciers chirographaires d'un droit aussi anormal qu'une hypothèque mobilière exigerait au moins un texte formel et précis ? Ce texte se rencontre-t-il dans la loi du 19 mars 1909 ? Les travaux préparatoires permettent-ils tout au moins d'affirmer que l'intention du législateur ait été de conférer un tel droit aux créanciers chirographaires ?

L'article 3 dispose : « Toute vente ou cession de fonds de commerce consentie, même sous conditions ou sous la forme d'un autre contrat, ainsi que toute mise en société, ou toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation, sera, dans la quinzaine de sa date, publiée, à la diligence de l'acquéreur sous forme d'extrait ou d'avis, dans un journal d'annonces légales du ressort du Tribunal de commerce où se trouve le fonds ou à défaut dans un journal d'annonces légales de l'arrondissement.

L'extrait ou avis contiendra la date de l'acte, les noms, prénoms et domiciles de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, l'indication du délai ci-après fixé pour les oppositions et une élection de

domicile dans le ressort du Tribunal ; la publication sera renouvelée du huitième au quinzième jour après la première insertion.

Dans dix jours au plus tard après la seconde insertion, tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, pourra former au domicile élu par simple acte extrajudicataire opposition au paiement du prix, l'opposition énoncera le chiffre et les causes de la créance à peine de nullité. Aucun transport amiable ou judiciaire du prix ou de partie du prix ne sera opposable aux créanciers qui se seront ainsi fait connaître dans ce délai.

L'acquéreur qui, sans avoir fait les publications ou avant l'expiration du délai de dix jours, aura payé son vendeur ne sera pas libéré à l'égard des tiers .»

Aux termes de l'article : « pendant les vingt jours qui suivent la seconde insertion, une expédition ou l'un des originaux de l'acte de vente est tenu au domicile élu à la disposition de tout créancier opposant ou inscrit pour être consulté sans déplacement.

Pendant le même délai, tout créancier inscrit ou qui a formé opposition dans le délai de dix jours fixé par l'article précédent, peut prendre au domicile élu communication de l'acte de vente et des oppositions et si le prix ne suffit pas à désintéresser les créanciers inscrits et ceux qui se sont révélés par des oppositions, au plus tard dans les dix jours qui suivent la seconde insertion, former en se conformant aux prescriptions de l'article 23 ci-après une surenchère

du sixième du prix principal du fonds de commerce, non compris le matériel et les marchandises ». « Si l'acquéreur surenchérit est déposé par suite de la surenchère, il devra sous sa responsabilité remettre les oppositions formées entre ses mains à l'adjudicataire sur récépissé dans la huitaine de l'adjudication, s'il ne les a pas fait connaître antérieurement par mention insérée au cahier des charges, l'effet, de ces oppositions sera reporté sur le prix d'adjudication. »

Ces articles de la loi nouvelle reconnaissent bien aux créanciers chirographaires le droit de faire opposition au paiement du prix entre les mains du vendeur du fonds, leur débiteur, mais où voit-on qu'ils reconnaissent aux créanciers chirographaires un véritable droit réel comportant le droit de suite et toutes ses conséquences logiques ?

Cette innovation, qui eût été sans doute la plus considérable et la plus hardie de toutes celles sanctionnées par la loi, n'a été signalée nulle part dans les travaux préparatoires ; M. Cordelet en eut certainement parlé dans son rapport. Il n'y a fait aucune allusion. La loi aurait-elle, en accueillant le droit réel, simplement consacré un usage antérieur ? Mais jamais en pratique l'on n'avait déduit les conséquences d'un droit réel accordé ou reconnu aux créanciers chirographaires.

Par contre l'étude des travaux préparatoires démontre que si M. Cordelet a entrevu certaines des conséquences qui découleraient logiquement de la reconnaissance aux créanciers chirographaires d'un véritable droit réel, il a en-

tendu écarter ces conséquences et partant le droit réel lui-même.

Lorsque le fonds de commerce est mis en entier dans le lot d'un cohéritier, s'il est simplement grevé de dettes chirographaires, cet héritier sera simplement tenu de ces dettes pour sa part et portion en vertu du principe de la division de plein droit des dettes héréditaires. Par contre s'il s'agit de la dette du prix de vente ou de celle d'un créancier nanti, en raison du privilège qui garantit ces créances, le cohéritier dans le lot duquel le fonds de commerce aura été placé sera tenu hypothécairement pour le tout ; en ce qui concerne les créanciers chirographaires. M. Cordelet donne la solution suivante » :

« Notons encore que dans le cas de partage ou de licitation d'un fonds, les créanciers chirographaires de l'auteur commun ou ceux dont la créance a pour cause l'administration du fonds indivis n'ont d'action contre l'attributaire ou l'adjudicataire du fonds et contre chacun des autres copartageants ou colicitants que pour la part de la dette pour laquelle chacun d'eux est personnellement tenu ; il en serait autrement toutefois s'il y avait séparation des patrimoines ou si la succession était bénéficiaire (1). »

La loi n'a donc pas entendu créer un droit réel et, comme conséquence, un droit de suite au profit des créanciers chirographaires.

La loi du 19 mars 1909 article 3 leur donne des droits

(1) Cordelet, Rapport supplémentaire.

très précis : lorsqu'ils se sont fait connaître dans le délai fixé après la deuxième insertion, aucun transport amiable du prix ou de partie du prix ne leur est opposable ; l'acquéreur qui n'a pas fait de publications ou qui a payé avant l'expiration des délais n'est pas libéré à leur égard. Les créanciers qui ont fait régulièrement opposition seront vis-à-vis de l'acquéreur dans la situation du créancier après une saisie-arrêt régulièrement validée. Ils auront contre l'acquéreur une action personnelle en paiement du prix, c'est-à-dire de la dette que cet acquéreur a contracté vis-à-vis du vendeur leur propre débiteur. Pour le paiement de cette créance, ils pourront avoir recours aux moyens ordinaires d'exécution, c'est-à-dire la saisie et la vente du fonds de commerce, mais ils agiront alors exactement comme auraient pu agir les propres créanciers de cet acquéreur, en se conformant aux dispositions des articles 15 à 18 de la loi du 19 mars 1909 sans qu'il soit nécessaire de leur accorder ou de leur reconnaître un droit réel qui ne leur a certainement pas été concédé.

Ils devront donc, à notre avis, et c'est ce qui différencie leur situation de celles de créanciers ayant un droit réel sur le fonds, subir le concours des créanciers chirographaires de cet acquéreur, être primés par ses créanciers nantis d'un privilège. Qu'on ne dise pas alors que leur situation va être trop défavorable : ils conservent en somme, après l'aliénation, les droits qui leur appartenaient avant cette aliénation sauf néanmoins la nécessité de subir le concours d'autres créanciers. Mais, n'ont-ils pas alors deux

débiteurs au lieu d'un ? Avant la loi du 19 mars, le fonds de commerce leur échappait, ils demeuraient avec le vendeur du fonds comme seul débiteur et se heurtaient le plus souvent à son insolvabilité consécutive à l'aliénation même dudit fonds. Voilà la réforme établie à leur profit par le législateur.

Mais ce n'est pas la seule. Ils puisent dans l'article 5 de la loi nouvelle un droit de surenchère. De ce droit de surenchérir du sixième qui leur est ainsi reconnu, M. Bouverier Bangillon entend déduire le droit réel qui leur appartiendrait. Il y aurait ainsi assimilation entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires, qui ont également le droit de surenchérir en présence d'un acquéreur qui veut purger.

Il n'est pas nécessaire d'avoir un droit réel pour avoir le droit de surenchérir. Ce sont là deux droits absolument distincts encore que l'un soit, dans notre législation antérieure, la conséquence de l'autre. Les raisons qui ont poussé le législateur de 1909 à accorder aux créanciers chirographaires le droit de surenchérir se suffisent à elles-mêmes et il n'est pas nécessaire de faire intervenir ici l'existence d'un droit réel pour en expliquer la concession ?

Ce droit de surenchérir du sixième accordé aux créanciers chirographaires est incontestablement une des innovations les plus importantes de la loi. Cette procédure jusqu'à maintenant n'était admise qu'en matière immobilière (1). Aussi l'innovation a-t-elle été très vivement

(1) D. Jur. Gén., v. *Surenchère*, n° 32, S. eod., n° 31. Rousseau

combattue au Sénat par M. Louis Legrand qui en demanda la suppression (1). M. Louis Legrand considérait : 1^o Que le droit accordé aux créanciers du vendeur constitue au point de vue juridique une innovation trop exceptionnelle dans son objet, car la vente des autres valeurs mobilières ne comporte pas une telle procédure.

2^o Que l'insuffisance du prix du fonds pour désintéresser les créanciers opposants ne prouve nullement que le vendeur soit insolvable ; il peut avoir un autre actif qui constitue néanmoins le gage de ses créanciers, lequel, quoique suffisant, peut n'être pas aisément réalisable du jour au lendemain.

3^o Que, dans certains cas, la surenchère pourrait être vexatoire pour le vendeur, toujours dangeureuse pour l'acquéreur et qu'enfin le droit de surenchérir, ainsi accordé aux créanciers chirographaires, entraînerait inmanquablement la dépréciation du fonds de commerce.

En effet, tout acquéreur connaît à l'avance l'existence des créanciers nantis et le montant de leurs créances. Le système de publicité organisé par la loi est essentiellement destiné à le renseigner. Mais il ne peut jamais connaître le nombre des créanciers chirographaires et le montant de leurs créances. Aucun moyen de se renseigner, antérieur à

et Laisney, *Dict. théor. et prat. de proc. civ.*, v. Vente judiciaire d'immeubles, *appendice, surenchère*, n^{os} 16-17. Garsonnet et Cézard Bru, *Tr. théor. et prat. de procéd.*, 2^e édit., t. V, § 1631., Civ., 18 mars 1857, D. P. 57, 1, 121.

(1) Sénat, séance du 23 mai 1907, *J. Off.*, 24, p. 644 et suiv.

leur inscription, ou plus exactement à leurs oppositions suscitées par les publications de la vente, n'est offert à l'acquéreur pour se renseigner sur ce point. Aussi cet acquéreur, toujours menacé d'une expropriation possible, déterminée par des créanciers qu'il ignore, hésitera à se porter acquéreur d'un fonds qu'il n'est jamais sûr de conserver ou pour la conservation duquel il sera obligé de faire des sacrifices supérieurs à ceux qu'il avait eu tout d'abord en vue.

D'autre part le vendeur lui-même pourra hésiter à se dessaisir de son fonds car l'acquéreur qu'il avait choisi auquel des considérations de famille ou des considérations personnelles avaient pu le pousser à faire confiance pourra toujours être remplacé, à la suite de la surenchère sollicitée et mise en œuvre par ses créanciers, par un autre adjudicataire qu'il ne connaît pas, avec lequel il n'est pas en relation d'affaires et auquel volontairement il n'aurait pas accordé sa confiance.

M. Cordelet n'a pas eu de peine à réfuter ces diverses objections et les motifs qu'il a donné de la concession du droit de surenchère aux créanciers chirographaires sont intéressants à retenir et à examiner de près, car ils vont nous permettre sans doute de déterminer le point de savoir si le législateur, l'a considéré comme le succédané nécessaire et naturel d'un droit réel reconnu aux créanciers.

Sans doute, a-t-il dit, le droit de surenchère accordé par l'article 5 aux créanciers du vendeur d'un fonds de commerce est spécial à cette sorte de vente, bien qu'il soit in-

constestable qu'il existe beaucoup d'autres valeurs mobilières dont la vente peut donner lieu à des dissimulations de prix.

Ces dissimulations de prix au détriment des créanciers du vendeur, voilà en effet essentiellement la fraude contre laquelle le droit de surenchérir est essentiellement dirigé. Il n'est pas cependant considéré ici comme le correctif de la purge qui, elle-même, sert à protéger l'acquéreur contre les conséquences d'un droit de suite appartenant à un créancier hypothécaire ou privilégié. Il est une arme donnée aux créanciers pour leur permettre de s'assurer que le prix de vente du fonds indiqué par le vendeur et l'acheteur correspond bien à la valeur réelle du fonds.

« Les auteurs qui traitent de la vente des fonds de commerce, dit en effet M. Cordelet, signalent la fréquence d'une fraude qui consiste à dissimuler une partie du prix, le surplus étant payé comptant. Ils signalent en même temps l'insuffisance de la législation actuelle pour protéger les intérêts des créanciers du vendeur. Le créancier qui veut exercer l'action Paulienne doit prouver la collusion fautive du vendeur et de l'acheteur. Il s'expose, pour un résultat bien incertain, à des lenteurs et à des frais considérables. Si la vente se place entre la cessation des paiements et le jugement déclaratif de faillite du vendeur, ses créanciers peuvent en poursuivre l'annulation mais à la charge de prouver que l'acquéreur avait, en traitant, connaissance de la cessation des paiements.

Le seul remède efficace et pratique contre cette fraude,

c'est un droit de surenchère accordé aux créanciers du vendeur.

C'est à cette conclusion qu'était arrivé M. Gervais dans la proposition de la loi déposée par lui à la chambre des députés, le 24 mars 1902, qui donne à tout créancier du vendeur le droit de porter une surenchère du sixième ou du dixième. »

« Un projet de proposition de loi sur la vente des fonds de commerce publié dans le journal *La Loi* des 30-31 octobre 1903, organise à son tour une procédure de surenchère du sixième au profit de tout intéressé.

« La Chambre de commerce de Paris, dans sa première délibération du 2 mars 1904, tout en limitant le droit de surenchère aux créanciers inscrits, donnait la formule suivante : « En cas de vente par un propriétaire d'un fonds de commerce donné en nantissement si le prix de cette vente est insuffisant pour désintéresser les créanciers nantis, ces derniers doivent pouvoir exiger la mise en vente aux enchères dudit fonds . »

M. Cordelet ajoute : « C'est bien à une revente du fonds qu'il faut aboutir. Mais cette revente doit avoir lieu dans des conditions qui sauvegardent les intérêts de l'acquéreur en même temps que ceux des créanciers, et c'est ainsi qu'on est amené d'organiser une procédure de purge et de surenchère. »

Le motif essentiel de la concession du droit de surenchère aux créanciers chirographaires étant ainsi précisé, M. Cordelet n'a pas eu de peine à réfuter les diverses ob-

jections formulées par M. Legrand. Tout d'abord, le droit de surenchère ne sera accordé aux créanciers chirographaires que si les oppositions, survenues dans le délai de dix jours prévu à l'article 3, suffisent à établir que le prix ostensible de la vente du fonds de commerce ne suffit pas à désintéresser tous les créanciers opposants ; on ne tiendra pas compte des oppositions survenues par la suite.

Si d'ailleurs le vendeur possède un actif distinct du fonds de commerce, il lui sera toujours loisible d'établir que cet actif suffit, ajouté au prix ostensible de vente du fonds de commerce, à désintéresser ses créanciers. Et ainsi il pourra toujours éviter la revente aux enchères.

Aussi bien, l'acquéreur pourra-t-il toujours contester la créance de certains des opposants et même celle du surenchérisseur lui-même. Mais dans ce cas, lorsqu'il aura élevé la contestation, de deux choses l'une : ou bien il triomphera dans sa contestation et alors, le passif étant démontré inférieur à l'actif, la surenchère sera considérée comme non avenue ; ou bien cette contestation sera repoussée et dans ce cas l'acquéreur n'aura qu'à s'en prendre à lui-même des frais et des lenteurs qu'il aura occasionnés.

Quant aux droits du vendeur ils ne seront pas toujours aussi méconnus que l'on a voulu le dire, car les objections de M. Legrand paraissent toujours supposer qu'il s'agit d'un vendeur *in bonis*, au-dessus de ses affaires, hypothèse dans laquelle il n'est pas à croire que l'acquéreur puisse redouter une surenchère. Mais s'il s'agit d'un vendeur déjà insolvable, on ne peut certainement admettre que l'ac-

quéreur réalise une bonne affaire en obtenant à un prix manifestement inférieur à sa valeur réelle, le fonds de commerce, au grand détriment des créanciers du vendeur ainsi lésés dans leurs intérêts les plus légitimes. Et cela est vrai même dans le cas où, comme le supposait M. Legrand, cet acquéreur serait un fils, un gendre du vendeur, ou un commis depuis longtemps dans la maison.

Enfin, la dépréciation du fonds, résultant de l'incertitude de l'acquéreur pendant toute la période d'attente au cours de laquelle la surenchère sera éventuellement possible, peut-être limitée à un temps très court, inférieur à trente jours si l'acquéreur veut y mettre quelque diligence. En effet la vente doit être publiée dans un journal d'annonces légales dans la quinzaine, mais rien n'empêche l'acquéreur de la faire dans la huitaine, dès le lendemain même de son contrat. La deuxième insertion doit être faite du huitième au quinzième jour, mais rien n'empêche l'acquéreur de la faire le huitième jour. Cela ne représente au total qu'un délai de dix jours, auquel il faut ajouter dix jours pour la survenance des oppositions et dix jours pour la surenchère (1).

En somme, la réglementation rigoureuse, à laquelle est soumis le droit de surenchère, est une garantie donnée à l'acquéreur à l'égard duquel ce droit pourrait entraîner sans cela des inconvénients et des conséquences vexatoires. Mais elle apparaît évidemment, dans l'intention du légis-

(1) Sénat, séance du 23 mai 1907, *J. Off.* du 24, p. 649 et suivantes.

lateur et dans le texte de la loi, comme une protection des droits des créanciers opposants essentiellement destinée à les prémunir contre les fraudes résultant des dissimulations de prix de vente des fonds. Il serait excessif d'en conclure qu'elle suppose la concession au profit de ces créanciers chirographaires d'un droit de suite, conséquence d'un droit réel. La purge, qui est l'accessoire nécessaire de la surenchère, n'est pas elle-même le correctif de ce droit de suite, car il faut relever une différence notable séparant cette purge de celle organisée par le Code civil pour la protection du tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué. En effet, l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué est toujours libre de procéder à la purge ou de ne pas y procéder suivant qu'il fait ou non, aux créanciers inscrits, les notifications à fin de purge. Ici, au contraire, la surenchère dépend uniquement des créanciers opposants et l'acquéreur doit la subir dans tous les cas sans avoir d'autre moyen d'y échapper que de désintéresser tous les créanciers inscrits et opposants. Cependant le droit de surenchérir est refusé aux créanciers dans tous les cas où les circonstances ayant accompagné la vente permettent d'affirmer que le fonds de commerce a été vendu pour un prix représentant sa valeur exacte et que le prix n'a pas été dissimulé ; il en est ainsi lorsque la vente est une vente judiciaire aux enchères publiques à la requête du syndic de faillite, du liquidateur judiciaire, d'un administrateur judiciaire ou des copropriétaires par indivis du fonds de commerce.

Enfin, un dernier argument permet d'affirmer que la

loi n'a pas reconnu aux créanciers chirographaires le droit de suite ; l'article 22 de la loi du 19 mars 1909 dispose en effet en termes exprès : « Les privilèges du vendeur et du créancier gagiste suivent le fonds en quelques mains qu'il passe », et confère ainsi sans discussion possible le droit de suite à ces deux catégories de créanciers privilégiés. Aucun texte, par contre, n'accorde un droit de cette nature aux créanciers chirographaires ; il faut en conclure nécessairement que le droit de suite leur a été refusé.

Pour compléter l'étude de la situation que la loi du 19 mars 1909 a faite aux créanciers chirographaires, il faut ajouter que la loi a restreint encore à leur profit l'étendue du privilège des créanciers nantis.

L'article 9 exclut les marchandises des éléments du fonds susceptibles d'être compris dans le nantissement. On a voulu réserver aux créanciers chirographaires un gage qui leur soit propre et pour la réalisation duquel ils n'aient point à redouter d'être primés par d'autres ayants droit munis d'un privilège. Cette exclusion est complétée par la disposition du § 5 de l'article 1 décidant que les paiements partiels du fonds s'imputeront, malgré toutes conventions contraires, sur le prix des marchandises, ensuite sur le prix du matériel, de telle sorte que ces marchandises soient en premier lieu dégagées du privilège du vendeur et puissent être ainsi intégralement affectées à la garantie des créanciers chirographaires.

L'exclusion des marchandises du gage du créancier nanti avait donné, sous le régime de la loi du 1^{er} mars 1898,

lieu à des controverses très vives ; les uns considéraient que les marchandises devaient, de plein droit, être considérées comme soumises au gage des créanciers nantis par le seul effet de l'inscription prise au greffe (1). Dans un autre système, au contraire, généralement adopté par les Tribunaux de commerce, on considérait que les marchandises devaient être exclues de l'étendue du gage, alors tout au moins que le créancier n'avait pas été effectivement mis en possession (2).

La loi nouvelle s'est prononcée en faveur de ce deuxième système et les motifs qu'en a donnés M. Cordelet (3) prouvent bien que le législateur a eu spécialement en vue la protection des intérêts des créanciers chirographaires. « Un argument, dit-il, a paru à la commission tout à fait décisif ; la rapidité des opérations commerciales ne permet pas aux fournisseurs en relations d'affaires avec le propriétaire d'un fonds de commerce de consulter le registre du greffe avant chaque opération. A tout instant d'ailleurs, un nantissement peut survenir et un fournisseur se trouver primé par une inscription prise entre la livrai-

(1) V. arrêts nombreux cités au D. P., Table décennale, 1897-1907, v. Nantissement ; Cass. 31 oct. 1906, D. P. 1906, 1, 528 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. comm.*, 4^e édit., t. III, n° 245 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, n° 67, III ; Bouteaud et Chabrol, *op. cit.*, n° 328 ; note Robert, D. P. 1901, 2, 100 ; 1903, 2, 473 ; Wahl, note, S. 1901, 2, 155.

(2) Amiens, 7 juill. 1900, D. P. 1901, 2, 97 ; 22 mars 1902, *Journ. fail.*, 1902, p. 249 ; Aix, 27 avril 1903 ; D. P. 1906, 2, 421. — Percerou, *Rapport à la société d'Etudes législatives*.

(3) *J. Off.* du 5 janvier 1908, annexes, p. 49.

son de ses marchandises et l'époque fixée pour le paiement.

Ce souci de protéger les créanciers chirographaires contre les effets trop exclusifs d'un privilège accordé aux créanciers nantis ou au vendeur, qui démontre à notre avis que l'on refuse aux créanciers non inscrits un droit de suite, ce souci de protection se manifeste encore par d'autres dispositions de la loi.

L'article 13 dispose, en effet, dans son § 4 que « l'inscription d'un nantissement peut également rendre exigibles les créances antérieures ayant pour cause l'exploitation du fonds ». La commission n'a pas pensé qu'il y ait lieu d'accorder à ces créanciers antérieurs un droit d'opposition qui rendit le nantissement survenant après la naissance de leur droit sans effet à leur égard ; mais néanmoins elle a cru devoir donner aux tribunaux le droit d'apprécier si le nantissement consenti par le débiteur met en péril les intérêts des simples créanciers chirographaires et doit rendre leurs créances exigibles. Cette éventualité rendra le débiteur plus circonspect dans l'emploi de ce moyen de crédit (1). Le débiteur, qui, pour tacher de combattre la débâcle de ses affaires, voudrait contracter un nouvel emprunt, devra désormais savoir qu'il pourra être mis alors dans la nécessité de faire face aux exigences de ses créanciers antérieurs qui demanderont à le faire déchoir du bénéfice du terme ; cette déchéance, le tribunal ne la refusera pas dès lors qu'il lui apparaîtra que le nantissement peut avoir

(1) Rapport de M. Cordelet, *J. Off.* du 7 sept. 1907, annexes, p. 11.

pour conséquence d'aggraver l'insolvabilité du débiteur et de mettre en danger les créanciers antérieurs. Il faudra donc que le commerçant liquide immédiatement le passif déjà existant à sa charge ou qu'il dépose son bilan. Il lui sera, dans tous les cas, impossible de maintenir artificiellement son crédit pour le plus grand dommage de ceux qui pourraient par la suite lui faire confiance comme de ceux qui antérieurement lui avaient accordé leur crédit. Ceci n'est au surplus qu'une application du principe en vertu duquel le débiteur doit être déchu du bénéfice du terme quand il diminue les sûretés fournies à ses créanciers antérieurs. C'est bien le cas, en effet, en qui concerne les éléments incorporels du fonds de commerce et le matériel sur la valeur desquels les créanciers chirographaires avaient cru pouvoir normalement compter.

Les droits des créanciers chirographaires ont enfin été protégés également par l'article 7 de la loi du 19 mars 1909, contre un danger contre lequel autrefois ils étaient entièrement désarmés, le droit commun de l'action Paulienne étant dans la majorité des cas absolument insuffisant.

Aux termes de l'article 7 en effet : « Dans la quinzaine de la publication de l'acte de société contenant apport d'un fonds de commerce, tout créancier non inscrit de l'associé qui a fait l'apport fera connaître, au greffe du Tribunal de commerce où le dépôt de l'acte a eu lieu, sa qualité de créancier et la somme qui lui est due ; il lui sera délivré par le greffier un récépissé de sa déclaration.

« Si le fonds est apporté dans une société déjà formée,

les créanciers non inscrits de l'associé auquel le fonds appartenait feront la déclaration au greffe du Tribunal de commerce de la situation du fonds dans la quinzaine de la publication de l'acte constatant l'apport effectué en conformité de l'article 3 ci-dessus. A défaut par les co-associés ou l'un d'eux de former dans la quinzaine suivante une demande en annulation de la société ou de l'apport, ou si l'annulation n'en est pas prononcée, la société est tenue solidairement avec le débiteur principal au paiement du passif déclaré dans le délai ci-dessus et justifié. »

Ce droit accordé aux créanciers chirographaires, lorsque les publications et les oppositions ont été faites par eux, de poursuivre le fonds de commerce entre les mains de la société considérée comme codébitrice solidaire, est-il la preuve que ces créanciers ont véritablement un droit de suite.

Pour M. Bouvier Bangillon, l'existence de ce droit de suite est indéniable. Considérant que le droit de suite appartient aux créanciers, il s'étonne que dans les travaux préparatoires on ait paru supposer que la mise du fonds en société fut plus dangereuse pour les créanciers qu'une vente en l'absence de prix. « Les créanciers chirographaires ont un droit de suite, ce droit de suite suivra le fonds de commerce ; il n'y a simplement pas lieu à la purge de l'article 5 par la suite d'absence de prix et par impossibilité de fonctionnement. C'est la même situation que si on suppose la donation d'un fonds de commerce, ce droit de suite des créanciers chirographaires du donateur

subsistera entre les mains du donataire, il n'aura pas non plus été purgé conformément à l'article 5 (1). » M. Bouvier Bangillon en conclut que l'article 7 de la loi du 19 mars 1909 est peut-être alors la preuve que le droit de suite appartenant aux créanciers chirographaires n'a pas été aperçu assez nettement pas les auteurs de la loi.

L'étude des travaux préparatoires établit, en effet, sur ce dernier point comme sur ceux que nous avons précédemment examinés, que le législateur de 1909 n'a jamais considéré que les créanciers chirographaires eussent un droit de suite ; la protection minutieuse qu'il a organisée en leur faveur est la preuve qu'il s'est préoccupé de fraudes qui n'auraient pu être réalisées si vraiment ce droit de suite avait appartenu aux créanciers et, M. Bouvier Bangillon a dû lui-même le reconnaître (2).

« L'apport en société d'un fonds de commerce, dit M. Cordelet, peut être pour le commerçant un moyen de soustraire son actif à ses créanciers ; les créanciers inscrits sont protégés par le *droit de suite* contre les conséquences de cet acte qui constitue une véritable aliénation. Il n'en est

(1) Bouvier Bangillon, *op. cit.*, n° 179, p. 79.

(2) On pourrait d'ailleurs se demander si le droit de suite doit être ici pris en considération, car la société, si l'on écarte la fiction de la personnalité morale qui paraît à l'heure actuelle sérieusement battue en brèche, ne suppose pas nécessairement que le fonds de commerce sorte du patrimoine du débiteur. Il continue à le posséder comme associé, avec un statut différent de celui sous lequel il était placé antérieurement ; mais on ne peut dire qu'il s'en soit dessaisi au profit d'un tiers.

pas de même des créanciers simplement chirographaires. » Les dettes qui grèvent le fonds ne tombent pas en principe à la charge de la société. L'apport d'un fonds en société est plus dommageable pour les créanciers chirographaires qu'une vente qui comporte un prix sur lequel ils peuvent du moins exercer leurs droits.

L'article 7 a eu pour objet de protéger les créanciers chirographaires contre cette fraude ; la protection accordée aux créanciers par la loi n'est d'ailleurs nullement celle qui résulterait de la concession pure et simple du droit de suite à ces créanciers. En effet, l'article 7 leur donne la société comme codébitrice ; mais sur la valeur du fonds de commerce les créanciers de l'apporteur devront, à coup sûr, subir le concours des créanciers chirographaires de la société. Ils seront certainement primés par ceux auxquels la société aura concédé des sûretés particulières.

Cependant, nous devons reconnaître que la société se comporte dans une certaine mesure comme le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué qui, en effectuant le délaissement, peut échapper aux poursuites exercées par les créanciers hypothécaires, puisque les associés pourront, sur le vu des oppositions des créanciers inscrits et de leur déclaration, poursuivre l'annulation de l'apport du fonds de commerce et se libérer ainsi à l'égard des créanciers de l'apporteur.

Néanmoins il nous paraît qu'en l'absence d'un texte formel concédant aux créanciers chirographaires un droit de suite, en raison de la concession formelle de ce droit de

suite, faite aux créanciers inscrits et aux vendeurs, à raison enfin des travaux préparatoires qui démontrent que très certainement le législateur de 1909 n'a pas voulu reconnaître aux créanciers le droit de suite, il faut voir simplement dans les dispositions de la loi nouvelle des mesures de protection destinées à garantir les créanciers contre les fraudes courantes, révélées par la pratique antérieure, analogues sans doute aux conséquences qu'entraînerait la reconnaissance du droit de suite, avec cependant cette différence que, si les créanciers peuvent saisir, dans le patrimoine du tiers acquéreur ou de la société, le fonds de commerce de leur débiteur, ils doivent subir le concours des créanciers chirographaires de cette société ou de ce tiers acquéreur.

SECTION II

Vendeurs du fonds de commerce.

A. Privilège du vendeur.

Formellement reconnu par la loi nouvelle (article 22), le droit de suite du vendeur, qui lui permet de saisir et de faire vendre le fonds dans quelques mains qu'il passe, même entre les mains d'un tiers acquéreur de bonne foi, ce droit de suite n'est pas accordé au vendeur dans tous les cas. Il est l'accessoire et la conséquence du privilège appartenant au vendeur non payé; mais ce privilège, tel

qu'il est organisé par la loi du 19 mars 1909, est tellement différent du privilège que le droit commun réserve au vendeur non payé d'effets mobiliers, qu'on peut le considérer comme un privilège entièrement nouveau : il est soumis à certaines conditions de forme et de fonds, à défaut d'observation desquelles, le vendeur sera privé non seulement du droit de suite sur le fonds de commerce, mais même, les travaux préparatoires et les commentateurs de la loi nouvelle ne paraissent laisser aucun doute sur ce point, du droit de préférence sur le prix de vente du fonds.

Les conditions d'existence de ce privilège du vendeur sont absolument différentes de celles du privilège accordé par le droit commun.

En premier lieu, le privilège du vendeur est soumis à certaines conditions de publicité destinées à le révéler aux tiers acquéreurs qui, autrefois, ne disposaient d'aucun moyen méthodique de se renseigner au sujet de son existence, ni d'en éviter les effets.

En second lieu, le privilège du droit commun, tel qu'il appartenait au vendeur de fonds de commerce avant la loi nouvelle, avait une étendue générale, c'est-à-dire qu'il portait pour la totalité ou pour partie du prix impayé sur la totalité du fonds de commerce, aussi bien sur les éléments incorporels de ce fonds que sur les éléments corporels, de même que l'hypothèque grève la totalité de l'immeuble hypothéqué jusqu'à complète extinction de la créance, de telle sorte que chacune de ses parties, au cas

où il viendrait à être divisé, soit affectée à la sûreté de la totalité de la créance.

La loi du 19 mars 1909 a introduit une innovation heureuse : désormais, le privilège du vendeur est en quelque sorte désarticulé : la portion du prix impayé afférente à chacun des éléments du fonds, pris isolément, n'est plus garantie que par cet élément même et le privilège subit ainsi une série d'extinctions partielles, au fur et à mesure des paiements partiels imputés légalement sur tel ou tel élément du fonds, jusqu'à l'extinction complète correspondant au paiement intégral et définitif. Mais, en revanche, les effets du privilège sont plus considérables que les effets antérieurs puisqu'il confère au vendeur un véritable droit de suite, alors que, de droit commun, le vendeur se trouve réduit à un simple droit de préférence sur le prix.

Enfin, l'extinction du privilège entraîne pour le vendeur l'impossibilité d'exercer l'action résolutoire : les décisions récentes de la jurisprudence avaient, au contraire, admis que les tiers pouvaient être atteints par l'exercice de l'action résolutoire, alors même que le privilège ne pouvait être invoqué. On a pensé qu'il y avait intérêt à lier le sort de l'action résolutoire à celui du privilège, à solidariser les deux garanties comme en matière de vente d'immeubles depuis la loi de 1855.

Il est d'ailleurs facile d'apercevoir que l'on s'est directement inspiré, dans la réglementation nouvelle du privilège du vendeur de fonds de commerce, des règles

propres au privilège du vendeur d'immeubles. Ainsi le privilège du vendeur de fonds de commerce devient opposable à la faillite et à la liquidation judiciaire du débiteur. Les raisons, qui avaient fait repousser cette solution antérieurement à la loi nouvelle, n'existent évidemment plus depuis la création d'une publicité spéciale pour ce privilège.

a) *Conditions de fond d'existence du privilège.* — Elles ne soulèvent aucune difficulté particulière.

L'existence et la validité du privilège sont étroitement liées à l'existence et à la validité de la vente du fonds de commerce ; le privilège disparaîtra, cela va sans dire, au cas de résolution de la vente et subsistera, au contraire, tant que la vente n'aura pas été annulée par une décision de justice ; l'échange étant assimilé à la vente d'une façon générale par l'article 1707 du Code civil, il y aura lieu de déclarer le co-échangiste privilégié pour le paiement de sa soulte ; mais, par contre, le co-partageant n'étant pas un vendeur, il n'y a pas lieu de lui étendre le privilège. Il n'y aurait cependant aucune bonne raison théorique, nous semble-t-il, pour refuser au co-partageant un privilège sur le fonds de commerce, à condition de le soumettre à une réglementation rigoureuse.

Remarquons, néanmoins, que le privilège suppose la vente du fonds de commerce pris dans son ensemble ; la vente de quelques éléments isolés, marchandises ou matériel, n'en permet pas l'inscription ; permettre l'inscription du privilège du vendeur au cas de vente d'un élément in-

dividuel d'un fonds de commerce, avec toutes les conséquences que la loi nouvelle lui reconnaît, eût été consacrer le principe de l'hypothèque mobilière portant sur un corps certain ; le législateur de 1909 a reculé devant cette innovation trop hardie. Mais, néanmoins, il y a lieu d'admettre que le privilège pourra exister si le vendeur a cédé, non pas son fonds intégralement, envisagé *in globo*, mais certains éléments essentiels de ce fonds qui en constituent toute la valeur : la clientèle et l'achalandage, par exemple, qui sont essentiels pour conserver son individualité juridique au fonds de commerce.

b) *Etendue du privilège du vendeur et de la créance garantie.* — Nous avons indiqué que la loi du 19 mars 1909 avait réglé, d'une façon originale, le privilège du vendeur au point de vue de son étendue ; quelle est la raison de cette désarticulation et de ce morcellement du privilège du vendeur ? M. Cordelet, dans ses différents rapports, ne s'est pas particulièrement attaché à justifier cette réforme ; son utilité, en effet, est trop apparente tant au point de vue de l'acquéreur, qu'au point de vue des créanciers autres que le vendeur : l'acquéreur dégage progressivement son fonds du privilège qui le grève au fur et à mesure des paiements partiels qu'il effectue ; il évite ainsi progressivement les risques de saisie et de vente et par là aussi progressivement il augmente son crédit. Quant aux créanciers chirographaires ou aux créanciers nantis primés par le vendeur, ils voient également leur gage progressivement libéré de droits dont la réalisation doit, en principe, in-

tervenir avant que leurs propres intérêts puissent être utilement pris en considération. Les intérêts du vendeur paraissent, au contraire, un peu sacrifiés ; mais il ne faut pas oublier que la loi lui donne la garantie très forte du droit de suite, dont le morcellement est en quelque sorte la rançon. Au surplus, la nature même du fonds de commerce et la multiplicité des éléments divers qui le composent se prêtent à merveille à cette divisibilité du privilège.

L'article 1, § 3, stipule que des prix distincts doivent être spécifiés dans l'acte de vente pour les éléments incorporels du fonds, le matériel et les marchandises ; le § 4 décide que « le privilège du vendeur qui garantit chacun de ces prix ou ce qui en reste dû s'exerce distinctement sur les prix respectifs de revente afférents aux marchandises, au matériel, aux éléments incorporels ». La vente du fonds de commerce peut ainsi désormais, au point de vue du privilège du vendeur, se décomposer en trois ventes distinctes comportant chacune leur privilège propre. Il faut cependant mettre à part les frais de la vente dont aucun élément particulier n'est le gage et qui doivent par conséquent, en l'absence de texte spécial, être garantis, conformément au droit commun, par l'ensemble du fonds de commerce.

Deux cas peuvent alors se présenter :

La convention, l'acte de vente peut ne pas spécifier des prix distincts pour chacun des éléments du fonds de commerce, ou bien cette division du prix peut ne pas avoir été indiquée dans le bordereau destiné à prendre l'inscription

au greffe du Tribunal de commerce. Dans ce cas, décide l'art. 1 de la loi nouvelle, le privilège ne portera que sur l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, c'est-à-dire uniquement sur les éléments incorporels du fonds limitativement énumérés par le texte dont il y a lieu en conséquence d'exclure les marques de fabrique, les modèles, les brevets d'invention. Mais une difficulté se présente : la loi dit bien sur quels biens porte dans ce cas le privilège ; mais elle n'indique pas quelle est la créance garantie. Il semble naturel d'admettre que seul le prix des éléments incorporels sera garanti par le privilège et que la créance du vendeur portant sur les autres éléments du fonds sera simplement une créance chirographaire. Il serait injuste de faire peser sur les éléments incorporels le poids du prix intégral du fonds de commerce, et sans doute contraire aux intentions du législateur de 1909 de décider que les autres éléments seront grevés du privilège. Mais la solution que nous adoptons exige nécessairement que l'on procède à une ventilation du prix de vente du fonds de commerce.

Si, par contre, l'acte de vente et le bordereau d'inscription indiquent des prix distincts pour chacun des éléments du fonds envisagé, alors le privilège morcelé porte sur tous les éléments quelconques du fonds ; il ne faut en excepter aucun. La loi exclut bien les marchandises du privilège du créancier gagiste, elle ne dit rien de ce qui concerne celui du vendeur.

Cette décision du législateur de 1909, qui désarticule et

morcelle ainsi le privilège du vendeur, a été critiquée par M. Bouvier Bangillon (1). Il la trouve doublement injuste à l'égard du vendeur et, pour mieux faire comprendre le résultat inique, à son avis, qui en découle, il prend un exemple pratique :

« Supposons, dit-il, que les marchandises comprises dans le fonds de commerce présentent un poids ou une capacité et un nombre de.
par exemple cent barriques de vin ; si, au moment de la revente, il se trouvait cent vingt barriques de vin, j'aurais compris que la loi décidât que les barriques en surnombre ne seraient pas grevées du privilège du vendeur. Ce serait d'accord avec la décision constatée plus haut pour le brevet d'invention ou la marque de fabrique ajoutés par l'acquéreur du fonds ; et cependant il est certain qu'on ne peut appliquer ici le dernier alinéa de l'article 1 de la loi nouvelle ; il n'y a pas d'éléments compris dans la première vente : Supposons que ces cent barriques de vin se retrouvent lors de la revente, mais que leur valeur ait augmenté ; en sectionnant le privilège du vendeur, en décidant que le privilège du vendeur s'exercera distinctement sur les prix respectifs de la revente afférents aux marchandises, au matériel et aux éléments incorporels du fonds, la loi, tout en laissant le vendeur exposé aux risques de dépréciation des marchandises, lui enlève les bonnes chances d'augmentation de valeur qui auraient pu assurer son paie-

(1) *Op. cit.*, n° 53.

ment si le privilège s'étendait à tout le fonds. N'y a-t-il pas là quelque chose d'injuste ? On peut se demander s'il n'y a pas là, malgré tout, la preuve d'une certaine résistance à admettre franchement le privilège du vendeur d'un fonds de commerce, le désir de limiter ce privilège autant que possible au moins en ce qui concerne les éléments corporels du fonds, les marchandises et le matériel. » M. Bouverier Bangillon fait remarquer en outre que le texte primitivement soumis au Sénat ne comprenait pas le sectionnement du privilège du vendeur de la même manière. Ce texte disposait en effet : « Le matériel d'une part, les marchandises de l'autre, doivent faire l'objet d'une estimation distincte. Si le matériel et les marchandises compris dans la revente du fonds ont une valeur estimative et intrinsèque supérieure à l'estimation qui leur a été donnée dans l'acte d'acquisition, il y a lieu à ventilation des prix de revente sur la base de ces deux estimations et la partie de ces prix afférente à la première estimation est seule soumise au privilège du vendeur originaire.

Passons maintenant en revue les divers éléments qui, dans le système de la loi nouvelle, peuvent être grevés du privilège du vendeur.

1° *Les éléments incorporels* : l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage. Le privilège du vendeur portera pour la partie du prix appliqué dans l'acte de vente à ces éléments, sur le prix de revente de ces mêmes éléments, il s'exerce sur le prix de, quels qu'aient été, dans l'intervalle, les changements survenus soit

dans l'importance de la clientèle qui a pu augmenter ou diminuer, soit en ce qui concerne l'enseigne et le nom commercial qui aurait pu être modifié, soit enfin en ce qui concerne le droit au bail ; il se peut en effet que l'acquéreur, en observant les formalités et en se munissant des autorisations nécessaires, ait transféré le siège du fonds de commerce dans d'autres locaux. Le droit au nouveau bail sera substitué à l'ancien, car ce droit fait partie de l'assiette même du privilège et sert de support nécessaire aux autres éléments ; ajoutons qu'il n'y aura jamais lieu de dissocier ces différents éléments pour l'exercice du privilège qui porte sur l'ensemble d'une façon indivisible. Mais il faut s'arrêter là dans l'énumération des éléments incorporels, à moins de convention expresse des parties, c'est ainsi que les marques de la fabrique, dessins et modèles industriels, licence d'exploitation, brevets d'invention, etc., n'y sont pas compris. Ce sont là des éléments qui peuvent donner au fonds une importance considérable mais qui ne sont pas essentiels en droit : il peut arriver qu'en fait le fonds de commerce perde toute valeur effective en l'absence de tel ou tel de ces éléments, il peut néanmoins exister théoriquement. Il faudra en conséquence une indication expresse des parties pour que le privilège du vendeur puisse leur être étendu. La conséquence qui en découle est déduite par l'article 1, § 6 : « Il y a lieu à ventilation du prix de revente mis en distribution s'il s'applique à un ou plusieurs éléments non compris dans la première vente ». Cette hypothèse a été formellement prévue et discutée dans les travaux préparatoires. « Une ventilation, dit M. Cor-

delet, sera également nécessaire si l'acquéreur du fonds y ajoute un ou plusieurs éléments, tel qu'un brevet d'invention, une marque de fabrique ; le privilège du vendeur ne s'étend point à ces éléments et, s'ils sont compris dans la revente avec les autres éléments pour un prix unique, la portion du prix qui leur correspond reste le gage général des créanciers ». On a soulevé une difficulté en ce qui concerne les certificats d'addition. Lorsque le privilège porte sur un brevet va-t-il porter également, lors de la revente, sur le certificat d'addition pris postérieurement ? La loi a prévu la question pour le nantissement ; le certificat d'addition postérieur au nantissement qui comprend le brevet auquel il s'applique suit le sort de ce brevet et fait partie du gage constitué ; la loi ne contient pas de texte analogue concernant le privilège du vendeur, mais il y a lieu, nous semble-t-il, de raisonner ici, par analogie. Un certificat d'addition n'est pas, à proprement parler, un élément nouveau, mais un complément apporté à un élément préexistant, d'ailleurs. il serait souvent difficile, en pratique, d'apprécier par une ventilation la valeur propre de certificats de ce genre, il n'y a aucune bonne raison de ne pas étendre au vendeur une règle que le législateur a jugée utile pour le créancier gagiste.

2^o *Les marchandises.* — Le privilège du vendeur frappe également les marchandises, au contraire de celui du créancier nanti. Certains ont pensé que l'exclusion des marchandises aurait pu être dictée ici par des considérations analogues à celles qui l'ont dictée pour le nantissement (délibération

de la Chambre de commerce de Paris le 23 mars 1906) mais le législateur en a décidé autrement et c'est, nous semble-t-il avec raison. La situation du vendeur et celle du créancier gagiste ne sont pas identiques ; l'acquisition du fonds de commerce est le premier acte de la vie du commerçant, de même que la vente de ce fonds en est le dernier. Le privilège du vendeur ne portera donc pas atteinte à des droits antérieurs. Les créanciers chirographaires du vendeur auront pour se protéger le mécanisme des oppositions et de la surenchère. Les créanciers chirographaires de l'acquéreur ne sauraient être admis à se plaindre d'être primés sur le fonds de commerce par celui qui a mis ce fonds dans le patrimoine de l'acquéreur, leur débiteur personnel. Ce sera donc à eux qu'il appartiendra, avant d'accepter les commandes du nouveau commerçant, de prendre leurs précautions et de se renseigner, il faut ajouter au surplus que ces créanciers retrouveront bien vite la libre disposition de leur gage sur le fonds de commerce par l'effet de l'imputabilité progressive des paiements partiels sur les divers éléments de ce fonds individuellement envisagés. Le nantissement, au contraire, peut survenir à tout moment et, avant la loi de 1909, il entraînait des résultats fâcheux : les fournisseurs du commerçant demeurés impayés se voyaient primés après coup par un créancier ayant bénéficié d'un nantissement. A toutes ces raisons, M. Cordelet en a ajouté d'autres : « Souvent, dit-il, les marchandises forment la principale valeur du fonds, et refuser au cédant un privilège, c'est refuser la cession à des employés honnêtes,

laborieux, mais sans ressources suffisantes pour un paiement comptant, c'est fermer l'accès du patronat à une classe intéressante. »

3^o *Le matériel*. — Il s'est posé, au sujet du matériel, une question d'autant plus intéressante en théorie que ni la loi, ni les travaux préparatoires ne nous fournissent les éléments de sa solution ; le matériel peut en effet se trouver frappé simultanément d'une hypothèque immobilière et du privilège du vendeur ; nous n'avons qu'à supposer que le propriétaire d'un immeuble grevé d'inscription se rende acquéreur du fonds de commerce exploité dans ce même immeuble : le matériel, le mobilier, l'outillage nécessaires à l'exploitation du fonds deviendront, par suite de la vente de ce fonds au propriétaire de l'immeuble dans lequel le fonds est installé, immeubles par destination ; l'hypothèque antérieurement existant sur l'immeuble va s'étendre aux accessoires nouveaux en quelque sorte ajoutés à l'immeuble (1) ; mais l'hypothèque consentie après la vente ne frappera-t-elle pas aussi ces accessoires immobiliers ; ils sont incontestablement, alors cependant, grevés par le privilège du vendeur. La même question s'est posée pour le nantissement ; on admettait que le créancier nanti ne pouvait exercer son droit à l'encontre du créancier hypothécaire ; la commission de la société des Etudes Législatives avait proposé que la loi à intervenir déclarât le matériel, l'outillage et le mobilier, mobiliers ou immobiliers,

(1) Planiol, t. II, n° 2746.

selon que le nantissement — ajoutons le privilège — aurait été consenti le premier. Dans ce cas le créancier hypothécaire, au cas de conflit avec le vendeur, paraît le moins intéressant, comme d'ailleurs dans le cas où l'hypothèque ayant été consentie antérieurement à la vente n'a été inscrite que postérieurement à cette vente. En effet, dans le cas où la vente est postérieure à l'hypothèque, si l'on admet que le matériel se trouve grevé par l'hypothèque du Créancier, le gage de ce dernier va se trouver augmenté par le fait du vendeur qui, lui, a mis une valeur nouvelle, à ses risques et périls, dans le patrimoine du débiteur commun. L'extension de l'hypothèque postérieure à la vente du matériel serait plus choquante encore ; il semble bien qu'au moment où elle est constituée son effet doive s'arrêter devant les objets déjà atteints d'un privilège légal. Mais, quoiqu'il en soit, il est certain qu'il serait souhaitable qu'une loi expresse intervînt pour fixer le rang respectif du créancier hypothécaire et du vendeur au cas où ils sont en conflit. Une question de ce genre est de nature à faire naître une divergence de jurisprudence regrettable entre les Tribunaux de commerce et les Tribunaux civils.

Au sujet du conflit, qui peut s'élever entre le privilège d'un créancier nanti et d'un créancier hypothécaire, dans la répartition du prix de vente, il nous semble utile de rappeler un jugement du Tribunal civil de Dijon du 30 mars 1908, passé en force de chose jugée (1). L'espèce offre d'autant

1 Illoz, 1909, 2, 153.

plus d'intérêt qu'elle n'a pas été solutionnée par la loi nouvelle du 19 mars 1909, et le jugement, rendu sous l'empire de la loi du 1^{er} mars 1898, n'a pas perdu son actualité.

Il s'agissait d'un commerçant, propriétaire d'un fonds de commerce installé dans un local lui appartenant (atelier de menuiserie pourvu de machines, outils immobilisés par destination). Par un premier acte, il avait donné son matériel en nantissement, et ce nantissement avait été transcrit suivant les formes prescrites par la loi de 1898 au greffe du Tribunal de commerce. Par acte notarié, il avait, quelques temps après, contracté un emprunt hypothécaire et affecté à la sûreté du prêt l'immeuble et le matériel y installé. La faillite survenant, la question s'est posée de savoir qui, du créancier nanti ou du créancier hypothécaire, devait avoir la préférence ?

Le Tribunal de Dijon, considérant que « la loi du 1^{er} mars 1898, qui a complété l'article 2075 du Code civil, est spéciale au nantissement d'objets mobiliers, qu'elle n'a rien innové en matière de droit hypothécaire et n'a pas dit que le nantissement d'objets immobiliers, bien qu'inscrit au greffe du Tribunal de commerce, viendrait en concurrence avec les créances hypothécaires régulièrement inscrites et même par préférence à ces dernières ; qu'il suit de là que le nantissement d'un fonds de commerce, comprenant des immeubles par nature ou par destination, ne peut être opposable aux créanciers hypothécaires inscrits que s'il a été établi par un contrat d'antichrèse transcrit dans les formes de la loi du 23 mars 1855 »

... déclare que le matériel est immeuble par destination et que « comme créanciers nantis d'un gage les sieurs X et Y n'ont aucun droit de préférence à l'encontre du créancier hypothécaire inscrit. »

Ce jugement, rendu peu de temps avant la promulgation de la loi du 19 mars 1909, a fait l'objet d'un savant commentaire de M. Percerou, sous forme de note publiée en suite du jugement, et depuis la loi nouvelle.

L'auteur de la note, et nous partageons sans réserve sa manière de voir, conclut qu'en l'état actuel de notre droit, la décision du Tribunal civil de Dijon lui paraît juridiquement fondée. Il envisage la question sous l'empire de la loi de 1898, d'abord, et démontre qu'elle n'a rien innové en ce qui touche au régime hypothécaire en vigueur dans notre législation : en d'autres termes, cette loi n'est pas une exception au régime de publicité hypothécaire par voie d'inscription ou de transcription au bureau des hypothèques. « Dès qu'il s'agit d'immeubles par nature ou par destination, toute sûreté réelle que les parties contractantes entendent constituer sur eux doit, pour être opposable aux tiers, être publiée à la conservation des hypothèques », ce qui était le cas puisque les machines, outils ont été considérés comme immeubles par destination. — De plus, pour le législateur de 1898 le nantissement d'un fonds de commerce et l'inscription au greffe ne sont efficaces qu'au regard des objets de nature mobilière.

Donc, sous l'empire de la loi de 1898, le jugement est rendu conformément aux termes et à l'esprit de cette loi.

La loi de 1909 a-t-elle modifié cette situation ? C'est la question que se pose M. Percerou, question à laquelle il répond par la négative en se basant sur cet argument principal que « la loi ne renferme aucune disposition à cet égard et témoigne, au contraire, dans son ensemble, de la volonté de ses auteurs de ne comprendre dans le nantissement que des objets mobiliers ». La preuve résulte de l'énumération même de l'article 9 qui ne comprend que des éléments de nature mobilière. — « Le rapprochement des mots : « le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds » n'indique-t-il pas, dit M. Percerou, avec clarté, l'intention du législateur de ne faire rentrer dans le nantissement « le matériel et l'outillage » qu'à la condition que ce matériel, parce que servant à l'exploitation du fonds de commerce, fasse partie du mobilier commercial ».

En l'espèce donc, étant donné que le matériel nanti était immeuble par destination, le jugement précité du Tribunal de Dijon conserve sa valeur.

Telle est la solution juridique. Quelle doit être la solution en législation ? — Pour mettre fin aux incertitudes que fait naître la question de savoir si des objets mobiliers sont ou non immeubles par destination il conviendrait, suivant M. Percerou, « lorsque le matériel servant à l'exploitation du fonds de commerce ou d'industrie donné en nantissement est placé dans un bâtiment appartenant à l'exploitant lui-même et se trouve par suite susceptible d'être tenu, selon des appréciations arbitraires,

soit pour un immeuble par destination, soit pour un accessoire mobilier du fonds de commerce, de faire abstraction, pour résoudre la difficulté, de la distinction sus-indiquée singulièrement délicate et de déterminer le rang de préférence uniquement par la date respective des inscriptions ».

C'est une solution simple et juridique de la question. Le prêteur sur hypothèque ou son notaire devrait s'informer, au greffe du Tribunal de commerce, si aucun nantissement ne grève le matériel et diminuerait d'autant son gage ; et réciproquement, le prêteur sur nantissement devrait prendre les mêmes précautions en relevant au bureau de la conservation des hypothèques l'état des inscriptions prises sur l'immeuble (1). — Il faudrait en faire une obligation aux notaires, par un texte de loi. Nous croyons, comme l'auteur de la note, que ce mécanisme serait en somme fort simple et une fois entré dans les mœurs fonctionnerait sans difficulté.

Cette question étant examinée, étudions maintenant les difficultés soulevées par l'extension du privilège du vendeur au matériel constituant le fonds de commerce. Le matériel est grevé du privilège du vendeur, quelles que soient au moment de la revente sa consistance, sa composition ou sa valeur. Il n'y aura pas lieu de procéder à une ventilation

(1) Voir Rapport Percerou à la société d'Etudes législatives, sur le nantissement des fonds de commerce. *Bulletin*, n° 3, année 1903, p. 232, note 2, et Dalloz, 1909, 4^e P., p. 59, colonne 3, n° 8, § 3.

du prix pour déterminer la valeur des éléments ajoutés depuis la vente et de ceux compris dans cette vente primitive. Nous avons déjà eu l'occasion de citer le texte primitif de la première proposition au Sénat : elle établissait la nécessité d'une ventilation du prix de revente sur la double estimation de la valeur du matériel au moment de la première vente et la valeur de ce matériel au moment de la revente. Le vendeur avait donc à subir la dépréciation des éléments du matériel subie depuis la première vente jusqu'à la nouvelle sans pouvoir bénéficier de l'augmentation de valeur résultant d'acquisitions nouvelles. — Cette disposition rigoureuse a été repoussée à juste titre.

Etendue de la créance garantie. — Les trois prix distincts, énumérés dans l'acte de vente et dans l'inscription qui en a été prise, sont garantis distinctement et uniquement par les prix respectifs de revente de chacun des éléments dont ils représentent la valeur ; il ne saurait s'élever de difficultés que dans le cas où, contrairement aux prescriptions légales, les prix n'auront pas été spécifiés dans l'acte de vente ou bien lorsqu'il a été décidé qu'ils seront fixés à dire d'expert après la prise de possession du fonds. On peut proposer alors diverses solutions dont la plus simple consisterait en une ventilation forcée, qui pourrait d'ailleurs être tardive si l'on attendait pour la faire qu'un conflit se fût élevé entre le vendeur et les autres créanciers. La solution la plus rigoureuse serait d'admettre une déchéance du privilège du vendeur. Mais une solution plus simple pourrait, selon nous, intervenir utilement. Elle per-

mettrait d'éviter toute difficulté. On n'aurait qu'à refuser toute inscription du privilège du vendeur au greffe du Tribunal de commerce si l'acte présenté ne contenait pas l'énumération et la distinction exigée, la disposition de la loi est, en effet, impérative. Toute autre solution doit nécessairement donner naissance à des difficultés plus ou moins graves.

Quant aux intérêts du prix, la loi admet que l'inscription prise pour le capital les conserve et les garantit pendant une période de deux années. Mais peut-on, comme en matière hypothécaire prendre des inscriptions spéciales pour les intérêts antérieurs ou postérieurs à deux ans ? Il semble que la négative s'impose, car l'inscription n'interviendrait nécessairement plus dans les délais : mais le créancier, le vendeur pourra, pour les intérêts échus, provoquer une reconnaissance de dette garantie par un nantissement.

c) *Conditions de forme.* — On peut dire de ces conditions de forme qu'elles présentent autant d'importance que les conditions de fond. Car c'est seulement parce qu'il a été possible de les réaliser que l'on a été amené à admettre l'existence du privilège d'une manière pratique. « Le privilège du vendeur, dit M. Cordelet, est subordonné à une double condition : la constatation de la vente par un acte authentique ou sous-seing privé enregistré et l'inscription sur le registre du Greffe. »

1^o Il faut que la vente soit constatée par un acte authentique ou par un acte sous-seing privé enregistré. Remarquons que cet acte n'est pas nécessaire pour la validité de

la vente elle-même qui est parfaite, selon le principe du droit commun, par le simple consentement. Mais à l'égard des tiers, il est nécessaire que le privilège soit révélé par une publicité et toute publicité suppose nécessairement un écrit. Mais l'inscription au greffe n'était-elle pas suffisante ? Le législateur ne l'a pas pensé. L'écrit est nécessaire, dit M. Cordelet, dans l'intérêt des tiers comme du vendeur, pour prévenir toute contestation sur l'étendue du privilège. Il importe, en consolidant le privilège et en le rendant opposable au tiers acquéreur de bonne foi et à la faillite, d'exiger dans le contrat le plus de précision possible. Les bordereaux d'inscription déposés au Greffe ne sont par définition que des copies d'extraits ; il faut que l'on puisse les comparer à un acte original. Cet acte doit être déposé au greffe en même temps que le bordereau d'inscription. Il y demeure car l'officier public chargé, le cas échéant, de la vente du fonds pourra avoir intérêt à le consulter. Bien entendu, il n'en est pas donné connaissance au public admis seulement à vérifier le point de savoir si le privilège du vendeur grève ou non tel fonds envisagé. Il est par conséquent nécessaire, depuis la loi de 1909, de rédiger au moins trois originaux de l'acte de vente, l'un pour le vendeur, l'autre pour l'acheteur, le troisième pour le Greffe du Tribunal de commerce. Il en faudra même un quatrième pour être tenu au domicile élu à la disposition de tout créancier opposant ou inscrit qui pourra le consulter sans déplacement, pendant la durée des délais d'opposition.

2° La vente étant d'ailleurs constatée par un acte authen-

tique ou un acte sous-seing privé dûment enregistré, l'inscription est alors la seule formalité à accomplir pour assurer la conservation et même la naissance du privilège.

Par qui est prise l'inscription ? Elle l'est normalement par le vendeur, mais rien ne l'empêche de charger de ce soin un mandataire de son choix. Il est même inutile que ce mandataire soit muni de pouvoirs spéciaux à cet effet. L'article 22, § 2, du texte primitif exigeait que le bordereau d'inscription soit signé par le bénéficiaire de l'inscription ; cette exigence était reproduite de la loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime, elle n'a point été maintenue. Le dépôt de l'acte de vente au Greffe a paru, en effet, constituer une garantie suffisante, du moment surtout où il s'agissait en somme d'une formalité purement conservatoire. Nous déduisons également de ce caractère de la formalité de l'inscription qu'elle peut être accomplie par un incapable, c'est-à-dire par exemple par un mineur ou par une femme mariée non pourvue d'une autorisation spéciale.

Où doit être prise l'inscription ? Au greffe du Tribunal de commerce du lieu où le fonds de commerce est exploité. On a choisi le greffe du Tribunal de commerce, parce qu'il s'agit d'une opération essentiellement commerciale, et que ce mode de publicité est celui que la loi a toujours adopté en ce qui concerne les commerçants, par exemple en matière de nantissement, de constitution de société, d'autorisation accordée à un mineur commerçant ; au greffe du Tribunal de commerce où le fonds est exploité, parce que

c'est là que se trouve son siège en droit et en fait, tant qu'il n'a pas été déplacé. Lorsque la vente ou la cession d'un fonds de commerce comprend des succursales situées dans la France Continentale, en Algérie ou dans les colonies, l'inscription doit être faite également au greffe du Tribunal dans le ressort duquel ces succursales ont leur siège.

Dans le cas où le fonds est déplacé et transféré dans un autre ressort, les créanciers inscrits, et notamment le vendeur, ont un délai de quinze jours à compter de la notification qui leur est faite de l'avis prescrit par l'article 13, § 1, ou du jour où ils auront eu connaissance de ce déplacement, pour faire reporter à sa date l'inscription primitive avec l'indication du nouveau siège sur le registre du Tribunal de ce ressort. Si le fonds était simplement déplacé sans sortir du même ressort, une simple mention en marge de l'inscription primitive avec l'indication du nouveau siège serait suffisante.

Une grave difficulté se présente pour les fonds qui n'ont pas d'assiette fixe, manèges, cirques, fonds de déballage, etc., etc... Il est difficile de déterminer quel est, en quelque sorte, leur port d'attache; ces fonds de commerce n'ont exactement aucun siège fixe d'exploitation. Il semble, disent MM. Boutaud et Chabrol, car la difficulté se serait présentée avant la loi nouvelle pour l'inscription du nantissement, il semble que l'inscription doit être prise alors au greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve le domicile du débiteur considéré comme le port d'attache du fonds. Mais le débiteur peut

n'avoir par lui-même de domicile fixe. Ce sera même le cas normal pour les marchands ambulants ou les forains. MM. Boutaud et Chabrol font remarquer qu'alors le fonds aura rarement beaucoup d'importance et qu'en conséquence il sera rare que la question d'un nantissement se pose pour eux. Mais si le fonds est difficilement susceptible alors de nantissement, il peut certainement être vendu et, dans ce cas, la difficulté ne saurait être éludée. On ne peut, évidemment, décider que l'inscription sera prise au lieu de la vente. Ce serait aboutir, en fait, à une véritable clandestinité; on ne peut, en effet, obliger les tiers à consulter les registres de tous les Tribunaux de commerce de France. Peut-être y aurait-il lieu d'organiser pour ces fonds de commerce une publicité spéciale dont les documents seraient centralisés à Paris ou dans un certain nombre de grandes villes.

Si la vente porte, à l'exclusion du fonds principal, sur une succursale seule ou sur plusieurs succursales, la formalité de l'inscription sera réalisée au greffe du Tribunal de commerce du ressort dans lequel cette ou ces succursales seront situées. On a pu, en matière de nantissement, contester l'utilité de cette inscription prise au greffe du Tribunal du ressort de la succursale, en faisant remarquer que les créanciers seront le plus souvent groupés autour de la maison principale. Mais les mêmes raisons n'existent pas en matière de vente. En pareil cas, les créanciers chirographaires du vendeur sont protégés par les dispositions de l'article 4, § 2, qui

prescrit, en termes d'ailleurs assez obscurs, de faire les publications et de faire élection de domicile à la fois dans le ressort du lieu de l'établissement principal et dans le ressort du lieu de la succursale. Quant aux créanciers de l'acquéreur auxquels le privilège du vendeur pourrait être opposable, ils n'auront sans doute aucun lien d'affaire avec le siège principal et seront groupés autour de la succursale.

L'article 24, § 3, prescrit, au cas où le fonds comprend des marques de fabrique ou de commerce, des dessins et modèles, des formalités supplémentaires. La vente du fonds de commerce doit alors être inscrite à l'office de la propriété industrielle sur la production du certificat d'inscription délivré par le greffe du Tribunal de commerce dans la quinzaine qui suivra cette inscription. La sanction est la nullité, à l'égard des tiers, de la vente, en tant qu'elle s'applique aux marques de fabrique, de commerce ou d'industrie. Il semble résulter cependant de la place occupée par l'article 24, que la publicité spéciale qu'il édicte soit exigée seulement pour l'extension du privilège du vendeur aux éléments incorporels spécialement envisagés et non pour la validité de la cession elle-même. On remarquera que cet article ne vise pas, en ce qui concerne la vente, les brevets d'invention ; les brevets d'invention, compris dans la cession d'un fonds de commerce, demeurent soumis, au point de vue de leur transmission, aux dispositions de la loi du 5 juillet 1844. Cette loi ne prévoyait pas la dation en nantissement et c'est pourquoi

il a fallu qu'un texte nouveau intervint en cette matière. Il n'était point nécessaire en matière de vente.

L'inscription du privilège doit être faite à peine de nullité dans le délai de quinzaine ; ce délai n'est pas franc. Les dimanches et les jours fériés n'en sont pas déduits ; mais si le délai expire un dimanche ou un jour férié l'inscription pourra être utilement prise le lendemain.

D'une manière générale et de droit commun, lorsqu'un privilège a été inscrit dans le délai fixé par la loi, il prend rang à compter, non du jour de l'inscription, mais du jour de la naissance de la créance ; si le délai est écoulé, le privilège ne disparaît pas pour cela mais il dégénère en hypothèque. c'est-à-dire qu'il ne prend désormais rang que du jour de l'inscription qui en a été prise.

Il n'en est pas de même en ce qui concerne le privilège du vendeur du fonds de commerce. L'inscription dans le délai de quinzaine est une condition *sine qua non* de l'existence même du privilège. M. Cordelet s'est exprimé nettement sur ce point. « La proposition, a-t-il dit, écarte l'article 2113 du Code civil aux termes duquel les créances privilégiées soumises à la formalité de l'inscription dans un certain délai, telles que celles du vendeur d'immeubles ou du co-partageant, si elles n'ont été inscrites qu'après l'expiration du délai ne cessent pas néanmoins d'être garanties mais prennent rang seulement au jour de l'inscription. » Une sanction plus rigoureuse a paru ici nécessaire pour éviter que le vendeur ne retarde trop la prise de l'inscription laissant ignorer l'existence du privilège

aux tiers susceptibles d'entrer en relation d'affaires avec le sous-acquéreur et qui seraient fondés à croire que le fonds a été intégralement payé.

Mais une difficulté se présente sur la détermination du point de départ du délai. Comment saura-t-on si la formalité de l'inscription a bien eu lieu dans la quinzaine de l'acte de vente ? Sans doute si la vente est constatée par un acte authentique la date ne pourra en être discutée ; mais si l'acte qui constate la vente est simplement un acte sous-seing privé ? D'après le répertoire général du Notariat (1909, n° 10) « à l'égard des actes sous-seing privé, le délai court à partir de la date de l'acte, bien que cette date n'ait aucune force probante et qu'elle ne devienne certaine que par le fait de son enregistrement ». M. Bouvier Bangillon (1) éprouve quelques doutes sur la valeur de cette solution et se demande s'il ne faudrait pas appliquer ici rigoureusement l'article 1328 du Code civil. — Ne faudrait-il pas mettre les tiers à l'abri d'une erreur volontaire de date, leur permettre d'établir que la vente est intervenue, en réalité, à une époque antérieure à celle indiquée par l'acte lui-même et qu'en conséquence, le privilège ne peut être exercé comme n'ayant pas été inscrit dans les délais. Nous ne voyons aucune bonne raison de repousser cette solution que commande le droit commun et que ne rejette aucun texte formel de la loi nouvelle. On admet cependant généralement que le point de départ du délai doit

(1) *Op. cit.*, n° 67.

être la date de l'acte de vente, même dans le cas où cet acte est un sous-seing privé.

Formalités de l'inscription.

Elles sont réglées par les articles 24 et suivants de la loi du 19 mars 1909 ; la loi énumère les mentions que doit contenir le bordereau d'inscription sans indiquer quelle est la sanction du défaut de l'une d'entre elles ou d'une irrégularité quelconque : nous allons les examiner brièvement et nous indiquerons, au fur et à mesure, quelles sont celles qui nous paraîtront exigées à peine de nullité (1).

1° *Noms, prénoms, domicile du vendeur et de l'acquéreur, leur profession s'ils en ont une.* En ce qui concerne les noms et prénoms, étant donné que la loi désire voir établir nettement l'identité des parties, l'inscription sera nulle lorsque la désignation du vendeur ou de l'acquéreur prêterait à une confusion possible sur sa véritable individualité. C'est la solution admise en jurisprudence pour l'inscription hypothécaire (2) Mais, par contre, la mention de la profession ne nous paraît pas indispensable.

2° *La date et la nature du titre*, c'est-à-dire l'acte de vente ; nous nous sommes déjà expliqués sur ces divers points en indiquant que l'acte sous-seing privé devait être

(1) Montier et Faucon, *De la vente et du nantissement des fonds de commerce*, p. 272 et suiv.

(2) Bordeaux, 20 mai 1892, D. P. 92, 2, 416.

déposé au greffe et que sa date était généralement prise en considération dans tous les cas pour la détermination du point de départ du délai.

3^o *Les prix de vente établis distinctement pour les marchandises, le matériel et les éléments incorporels... Les conditions relatives aux intérêts et à l'exigibilité.* Le privilège n'est conservé que pour le montant de la créance qui figure sur le bordereau d'inscription. M. Bouvier Bangillon (1) estime que l'inscription d'un prix total est nulle, parce que l'énonciation de prix distincts est substantielle, et il déclare irrégulière la ventilation qui serait faite sur le bordereau par le vendeur si l'acte de vente comportait seulement un prix global. Nous avons déjà repoussé cette conclusion qui nous paraît excessive et n'est pas commandée par les termes exprès de la loi. Pour les intérêts, il n'est pas nécessaire de spécifier que l'inscription est prise pour deux années d'intérêts : il suffit qu'on ait indiqué que le capital était productif d'intérêts et à quel taux pour que ces intérêts soient conservés de plein droit par l'inscription du capital. Enfin l'erreur commise dans l'indication de l'époque de l'exigibilité ne vicierait pas l'inscription lorsqu'il n'en est résulté aucun préjudice pour les autres créanciers.

4^o *La désignation du fonds de commerce et de ses succursales avec l'indication précise des éléments qui le constituent et qui sont compris dans la vente ; si la vente*

(1) *Op. cit.*, lois nouvelles, 1909, n^o 55, p. 363.

s'étend à d'autres éléments que le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, ces éléments doivent être nommément désignés. Il faut ici mentionner les renseignements les plus précis pour assurer exactement l'identification du fonds. Un excès de laconisme pourrait nuire à la portée de l'inscription ou même la vicier complètement. L'inscription peut en effet être déclarée nulle, lorsque la simple inspection du registre ne permet pas aux tiers de se renseigner, immédiatement et avec certitude, sur l'identité du fonds grevé ; c'est la solution admise en jurisprudence en ce qui concerne l'hypothèque (1).

5° *Election de domicile par le vendeur dans le ressort du Tribunal de la situation du fonds.* Nous pensons avec MM. Moutier et Faucon que le défaut de cette mention entraînerait la nullité de l'inscription, exception faite toutefois pour le cas où le vendeur aurait son domicile réel dans le ressort du greffe.

d) *Événements qui arrêtent la prise des inscriptions.*

Nous n'avons à mentionner sous ce titre que le jugement déclaratif de faillite ou de liquidation judiciaire. De droit commun ces événements mettent obstacle à l'inscription des privilèges. Ici, par contre, l'article 11 de la loi nouvelle ne dit pas que l'article 448, § 1, du Code de commerce soit applicable. Et d'ailleurs l'article 2 de la loi, après avoir prescrit le délai, dit que l'inscription est opposable à la

(1) Cass. 4 mars 1873, S. 73, 1, 277. — Orléans, 7 nov. 1908, *Journ. faillites*, 1909, p. 167.

faillite et à la liquidation judiciaire. La conséquence qui en découle nécessairement, c'est que l'inscription pourra être prise après ce jugement déclaratif, à condition toutefois que le délai de quinzaine soit observé.

L'inscription prise dans le délai peut être également opposée aux héritiers de l'acquéreur débiteur du prix dans le cas d'acceptation bénéficiaire. Il faut en conclure également que le vendeur pourra, dans le délai de quinzaine qui lui est imparti, inscrire son privilège nonobstant la mort de l'acquéreur et l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire. La loi apporte donc ici une solution différente de celle que consacre l'article 2146 du Code civil (1). Remarquons d'ailleurs que la question présente peu d'intérêt pratique, au moins en ce qui concerne la faillite ou la liquidation judiciaire, car il est peu probable que l'acquéreur subisse une faillite ou liquidation judiciaire dans les quinze jours qui suivent l'acquisition d'un fonds de commerce.

Mais la solution adoptée par la loi ne saurait être discutée, les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur ce point et il est très certain que l'inscription est possible, bien que l'article 11, § 2, applique l'article 448 du Code de commerce à l'inscription du nantissement. « L'inscription, lit-on dans le rapport de M. Cordelet, sera opposable à la faillite et à la liquidation judiciaire, ainsi qu'à la succession bénéficiaire de l'acquéreur. En ce qui concerne la faillite

(1) Montier et Faucon, *op. cit.*, n° 106, p. 177.

et la liquidation judiciaire, il semble qu'il y ait là une dérogation à l'article 448 du Code de commerce, duquel il résulte que les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis ne peuvent être inscrits que jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite. Mais une opinion favorable admet que le vendeur d'immeuble peut inscrire utilement son privilège, même après le jugement déclaratif de faillite, à condition d'être encore dans le délai de 45 jours à compter de la vente. L'inscription prise durant le délai imparti au vendeur par la loi de 1855 rétroagit, comme nous l'avons indiqué, au jour de la vente et l'inscription peut être censée avoir été prise avant le jugement déclaratif. Cette solution est, il est vrai, contestée. Mais il y a d'autant plus lieu de la conserver et de l'adopter ici, que le délai accordé au vendeur de fonds de commerce est plus réduit et que le vendeur sera désormais privé de l'action résolutoire en même temps que du privilège ».

M. Cordelet, dans ce passage de son rapport que le principe en vertu duquel une inscription de privilège prise dans le délai qui a été fixé par loi rétroagit au jour de la naissance de la créance, n'a pas rencontré une adhésion unanime (1). D'après M. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, la disposition de la loi de 1855 est exceptionnelle en ce qui concerne le privilège du vendeur d'immeubles. Aucune

(1) V. dans le sens de l'affirm., Paul Pont, *Priv. et hyp.*, t. II, n° 899 ; Aubry et Rau, 5^e édit., t. II, p. 806. Contra, Baudry et de Loynes, t. II, 3^e édit., n° 1600 ; Guillouard, t. III, n° 1583 ; Lyon-Caen et Renault, t. VII, n° 295.

considération d'équité ne peut en légitimer l'extension aux autres matières que celle qui est expressément en vue par le législateur. Cependant il nous paraît que le législateur ne s'est pas avec raison rangé à cette opinion. Mais on peut se demander alors pourquoi il n'a pas étendu au nantissement une solution aussi logiquement déduite des principes généraux.

La même observation pourrait d'ailleurs être formulée en ce qui concerne la possibilité de prendre inscription après l'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire, accordée au vendeur et refusée au créancier nanti, pour des raisons que nous aurons par la suite l'occasion d'examiner.

L'inscription régulièrement prise conserve le privilège pendant une durée de cinq années à compter de sa date. Son effet cesse par contre si elle n'est pas renouvelée dans ce délai. Il faut remarquer au surplus, et ceci se déduit logiquement de l'importance exceptionnelle que le législateur a donné à l'inscription pour la conservation du privilège du vendeur, que le défaut de renouvellement de l'inscription dans le délai aura, en cette matière, des conséquences beaucoup plus graves qu'en matière hypothécaire. Alors en effet que le créancier hypothécaire, qui a omis la formalité de renouvellement dans le délai, conserve son droit qui prend alors seulement rang du jour où l'inscription a été effectivement renouvelée, le vendeur du fonds de commerce voit, par suite du défaut de renouvellement dans les délais, s'éteindre le privilège lui-même. Il va sans

dire, au surplus, que le nombre des inscriptions en renouvellement n'est pas limité. Le vendeur peut en prendre de nouvelles tous les cinq ans jusqu'à ce que la dernière ait produit son effet légal par l'adjudication forcée du fonds de commerce ou la procédure de purge au cas d'aliénation volontaire et, d'une façon générale, lorsque le prix de revente du fonds constituera désormais l'assiette du privilège du vendeur.

Le délai de cinq ans n'est pas franc; on n'y comprend pas le *dies a quo*, mais seulement *dies ad quem*; et nous pensons qu'il faut également appliquer ici l'article 1033 du Code de Procédure civile, qui proroge au lendemain tous les délais qui expirent un jour férié, et cela encore qu'il ne s'agisse pas ici d'un délai de procédure. Le législateur a réduit ici de moitié la durée de l'inscription en matière hypothécaire. Il a pensé que les paiements de créances intervenaient en matière commerciale plus rapidement qu'en matière civile.

e) *Effets du privilège du vendeur.* — Le privilège du vendeur lui confère un droit de préférence et un droit de suite. Ce droit de suite, notamment, est spécialement accordé au vendeur par l'article 22 de la loi nouvelle.

Grâce au droit de suite, le vendeur pourra faire saisir et vendre le fonds de commerce entre les mains du sous-acquéreur auquel son débiteur l'aura cédé. Il pourra aussi, dans une certaine mesure, s'opposer au démembrement du fonds. Les formalités qui lui sont imposées pour l'exercice de ce droit étant communes au créancier nanti, nous

les examinerons en détail, quand nous traiterons du droit de suite du créancier nanti.

Nous n'étudierons à cette place que certaines questions qui naissent de la survivance possible du droit de préférence au droit de suite, en traitant des modes d'extinction du privilège du vendeur.

f) *Extinction du privilège du vendeur.* — Le privilège du vendeur de fonds de commerce s'éteint, comme tous les autres, par voie principale ou par voie de conséquence. Il va sans dire qu'une fois le privilège disparu le droit de suite qui y était attaché ne pourra plus s'exercer. Toutefois, si l'on admet l'opinion de M. Bouvier Bangillon que nous avons déjà discutée, il faudra reconnaître que le vendeur impayé conserve, après l'extinction du privilège, comme créancier chirographaire, un droit de suite qu'il n'aura plus comme créancier privilégié dans le cas, tout au moins, où le fonds aurait été aliéné sans publicité.

Il y a également des cas où les deux attributs du privilège du vendeur, droit de préférence et droit de suite, sont dissociés et où le droit de préférence subsiste alors que le droit de suite est éteint. Il en est ainsi d'abord dans le cas où l'exercice du droit de suite a abouti à la vente du fonds et où le vendeur conserve encore son droit de préférence sur le prix à provenir de cette vente. Il en est ainsi encore dans un certain nombre de cas : expropriation pour cause d'utilité publique, incendie des éléments corporels ou du matériel donnant droit à une indemnité d'assurances, où le droit de suite ne saurait à coup sûr s'exercer et où ce-

pendant le droit de préférence conserve toute son utilité et toute sa portée pratique.

L'existence d'un fonds de commerce peut prendre fin, en effet, de bien des manières. Tantôt c'est une fin de bail qui impose la fermeture d'un magasin pour lequel la situation topographique était essentielle ; ou bien encore une découverte nouvelle enlève toute utilité au produit exploité ou vendu et condamne nécessairement le fonds à une brève déchéance. Plus fréquemment, un commerçant aux abois, n'espérant pas céder dans d'assez bonnes conditions le fonds qui lui appartient, trouve plus avantageux de liquider en vendant, à bas prix, tout le stock de marchandises qui demeureraient dans son magasin. La liquidation de toutes ces marchandises entraîne presque forcément la disparition des autres éléments du fonds ? Il est à peine besoin de faire remarquer que l'acquéreur d'un fonds de commerce grevé d'un privilège du vendeur ne possède certainement pas le droit de vendre en bloc les marchandises qui constituent l'un des éléments de ce fonds, et cela par application du principe général que le débiteur ne peut diminuer par son fait les garanties qu'il a accordées à ses créanciers. Il y aurait eu là, autrefois, un cas de stellionat. *A fortiori*, cet acquéreur ne peut commettre cette sorte de suicide commercial, qui consiste à annoncer au public une liquidation pour cessation de commerce ; ce qui est vrai de l'acquéreur doit l'être aussi du sous-acquéreur, si l'on ne veut enlever au privilège du vendeur une grande partie de son utilité. Ce sous-acquéreur du fonds

de commerce se trouve dans la situation du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué qui peut vendre mais qui ne peut détruire cet immeuble (1). Ici la vente en bloc des marchandises aboutit à une véritable destruction, à un anéantissement effectif du fonds de commerce. Si, malgré ces prohibitions, l'acquéreur a vendu ainsi au détail toutes les marchandises, le droit de suite du vendeur ne pourra certainement pas s'exercer. Il y a, à cet exercice, un obstacle matériel trop considérable. Mais le droit de préférence pourra certainement s'exercer, lui, au contraire, sur le prix provenant de cette liquidation.

De même, le droit de suite ne pourra pas non plus s'exercer dans une autre hypothèse, lorsque certains éléments corporels du fonds auront péri par suite d'un accident ou d'un cataclysme : incendie ou inondation. Les créanciers privilégiés, et spécialement le vendeur, conservent alors seulement aux termes de la loi du 15 février 1889 leur droit de préférence sur l'indemnité d'assurances.

Enfin lorsque l'immeuble, dans lequel est installé le fonds de commerce, est l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique, il est certain que le droit de suite ne peut plus juridiquement s'exercer et qu'il ne reste alors aux créanciers inscrits et au vendeur en particulier, qu'un droit de préférence sur la portion de l'indemnité d'expropriation, représentant la valeur du fonds ainsi disparu, c'est-à-dire,

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, 5^e édit., t. III, n° 286, p. 426 ; Guillouard, t. III, n° 1528, p. 469 ; Baudry et de Loynes, t. III, n° 1994, p. 263.

le droit au bail, le matériel immobilisé et la dépréciation subie par les autres éléments par suite de la nécessité d'un déplacement de l'assiette du fonds et du déménagement des marchandises.

Le privilège du vendeur s'éteindra par voie principale dans les cas fort rares de renonciation tacite ou expresse, lorsque par exemple le vendeur prendra part au vote du Concordat concernant son acquéreur, peut-être aussi, bien qu'il y ait controverse sur ce point, lorsqu'il a concouru à la revente amiable du fonds à un sous-acquéreur, ou encore lorsqu'il produit à la répartition des sommes provenant du prix de cette vente amiable. Le privilège s'éteindra encore par voie principale dans le cas plus fréquent ou, par négligence, le vendeur aura laissé s'écouler le délai de quinzaine sans prendre l'inscription. Sans doute l'inscription ne fait pas naître le privilège ; il existe par le fait même de la vente ; mais il disparaît si, dans les quinze jours qui suivent cette vente, l'inscription requise par la loi n'a pas été prise. Le privilège peut enfin s'éteindre par voie de purge. Mais nous aurons à nous expliquer plus loin sur ces divers points.

C'est au contraire par voie de conséquence que s'éteint normalement le privilège du vendeur, en même temps que la créance dont il est l'accessoire et la garantie. Mais il y a lieu de se rappeler ici le principe du sectionnement du privilège. On a dit qu'il y avait en réalité trois privilèges du vendeur garantissant trois créances distinctes correspondant aux prix respectifs des éléments incorporels, du

matériel et des marchandises et portant respectivement sur chacun de ces éléments. Ceci n'est pas tout à fait exact. Les trois créances distinctes peuvent s'éteindre en même temps ou, au contraire, s'éteindre successivement. Dans ce dernier cas, le plus ordinaire, la disparition de l'une des trois créances — il s'agit bien entendu d'une extinction totale — entraîne celle du privilège qui lui est attaché.

La loi a pris soin de régler elle-même l'ordre de ces extinctions successives, en posant dans l'article 1 un principe destiné à régler l'ordre des imputations des paiements partiels. « Nonobstant toutes conventions contraires, les paiements partiels autres que les paiements comptant s'imputent d'abord sur le prix des marchandises, ensuite sur le prix du matériel. » Il s'ensuit qu'il n'y a pas, pour les paiements partiels faits comptant, d'imputation légale et obligatoire. Les parties pourront les imputer comme elles l'entendront. Lorsqu'elles n'auront pas manifesté leur intention à cet égard, certains auteurs (1) estiment que l'imputation doit se faire proportionnellement sur chacun des éléments par application de l'article 1256 du Code civil. Nous pensons que le § 1 de l'article 1256 doit conduire à une autre solution plus conforme à l'esprit de la loi 1909. Puisque le paiement doit en principe être imputé sur la dette que le débiteur a le plus d'intérêt à voir éteindre entre celles qui sont pareillement échues, nous estimons que l'imputation devra se faire, même au

(1) Montier et Faucon, *op. cit.*, p. 185, n° 135.

cas de paiement comptant, d'abord sur le prix des marchandises, car l'acquéreur du fonds à intérêt à libérer de suite un élément corporel, qui deviendra le gage exclusif de ses créanciers chirographaires. La libération de cet élément augmentera d'autant son crédit commercial. Mais pour expliquer et maintenir la distinction faite par le texte entre les paiements comptant et ceux qui sont seulement successifs ; nous dirons que, dans le premier cas, on pourra déroger conventionnellement à cet ordre d'imputation, mais qu'on ne le pourra pas dans le second.

Ceci expliqué, nous avons maintenant à nous poser deux questions : Comment s'exercera le droit de suite quand il aura déjà été éteint partiellement sur tel ou tel élément du fonds ?

Pourra-t-il s'exercer, et comment, au cas d'aliénation partielle d'un élément séparé ?

Tout d'abord, l'extinction du privilège portant sur un des trois éléments du fonds n'empêchera-t-elle pas le créancier d'exercer le droit de suite sur les éléments qui en restent grevés ? Cette question n'a pas été tranchée clairement par la loi. Une stricte logique voudrait que, le privilège une fois disparu sur un élément, le droit de suite qui n'en est que l'accessoire disparut aussi. Il est inutile de faire remarquer combien cette solution serait peu pratique ? Elle serait de plus radicalement contraire à l'esprit de la loi, tel qu'on peut le déduire des articles 2 § 3, 20 § 1 et 22 § 3. En premier lieu l'article 2 § 3 spécifie qu'en cas de résolution judiciaire ou amiable de la vente le vendeur

est tenu de reprendre tous les éléments du fonds qui ont fait partie de la vente, même ceux pour lesquels sont privilégiés et l'action résolutoire sont éteints. Il est comptable du prix des marchandises et du matériel existant au moment de sa reprise de possession, d'après l'estimation qui en est faite par expertise contradictoire. L'obligation, qui lui est ainsi imposée de reprendre, au cas de résolution de la vente, les éléments sur lesquels son privilège est éteint, paraît impliquer déjà le droit de faire vendre tous les éléments du fonds lorsque le privilège est éteint sur l'un d'entre eux. D'autre part, l'article 20 § 1 prescrit une règle qui montre que le législateur n'envisage pas favorablement la vente d'un élément isolé. « Il ne peut être procédé à la vente séparée d'un ou plusieurs éléments du fonds de commerce grevé d'inscription, que dix jours après notification de la poursuite aux créanciers qui se seront inscrits quinze jours au moins avant la dite notification. Chaque créancier peut assigner les intéressés devant le Tribunal de commerce pour demander qu'il soit procédé à la vente du fonds tout entier. » Le texte ne parle en effet que des créanciers inscrits. Le débiteur et le sous-acquéreur sont néanmoins aussi intéressés et plus directement encore à ce que le fonds ne soit pas démembré par la vente d'un élément isolé. On peut regretter que l'article 20 ne les mentionne pas expressément.

Mais l'article 22 § 3 permet un nouvel argument : « Dans le cas où le titre du nouveau propriétaire comprendrait divers éléments du fonds, les uns grevés d'inscription, les autres non grevés, situés ou non dans le même ressort, alié-

nés pour un seul et même prix, ou pour des prix distincts, le prix de chaque élément sera déclaré dans la notification par ventilation, s'il y a lieu, du prix total exprimé dans le titre etc. »

Aux termes de cet article l'acquéreur, qui veut purger, doit faire aux créanciers inscrits, dans la quinzaine de la sommation de payer à lui signifiée, une notification dont nous étudierons plus loin les détails. Cette notification, doit comporter l'énumération de prix distincts même pour les éléments qui ne sont point grevés d'inscription. Ceci n'implique-t-il pas corrélativement la persistance du droit de suite sur ces éléments ? La conclusion qu'on en peut tirer, c'est que l'on s'exprime d'une façon trop absolue, quand on affirme que la loi de 1909 a créé trois privilèges distincts au lieu d'un. Cela est vrai au point de vue du droit de préférence. Mais les trois privilèges demeurent soudés par un trait d'union qui est le droit de suite. Le § 4 de l'article 1, en disant que le privilège du vendeur qui garantit chacun des prix s'exerce distinctement sur les prix respectifs afférents aux marchandises, au matériel et aux éléments incorporels du fonds, implique d'une façon très claire que ce fractionnement n'est parfait que pour le droit de préférence.

Lorsque le débiteur aura aliéné à un sous-acquéreur un des éléments isolé du fonds, le droit de suite continuera-t-il à s'exercer, et de quelle manière sur cet élément ? Nous supposons bien entendu que le vendeur nanti du privilège se trouve ici en présence du fait accompli, car le débiteur

n'a pas le droit de diminuer, par son fait, le gage de ses créanciers? Le droit de suite pourra s'exercer alors, selon nous, sur l'élément isolé vendu en bloc (arg. art. 20 § 1). Mais les dispositions de l'article 20 s'appliqueront-elles dans ce cas et les autres créanciers inscrits pourront-ils s'opposer à la vente isolée de l'élément en question, passé entre les mains d'un sous-acquéreur, de telle sorte que les autres éléments du fonds, demeurés entre les mains du débiteur, seront réunis à cet élément pour être vendus en bloc? La solution affirmative paraît rationnelle, dans l'intérêt des créanciers, tout au moins lorsque les éléments demeurés entre les mains du débiteur sont eux aussi frappés du privilège; elle semble plus douteuse, si ces éléments ne sont plus grevés, bien que dans ce cas l'application de l'article 20 puisse être considérée comme une peine légitime pour le commerçant qui n'a pas craint, en désorganisant son fonds, de frauder ses créanciers.

Dans le cas où la vente aurait porté de la part du débiteur non plus sur un élément en bloc mais sur des objets isolés, des marchandises au détail, un comptoir, une machine s'il s'agit du matériel, un brevet, une licence s'il s'agit des éléments incorporels, le droit de suite du vendeur privilégié va-t-il être paralysé par l'effet de l'article 2279 du Code civil? Aucun doute pour les marchandises vendues en détail, le droit pour le débiteur de les écouler et la bonne foi du tiers acquéreur ne peuvent être mis en doute. Mais s'il s'agit d'une partie importante du matériel, l'intérêt des créanciers à en poursuivre la vente

est incontestable. De même la bonne foi des tiers-acquéreurs est plus douteuse, à raison des inscriptions détaillées faites soit au greffe du Tribunal de commerce, soit à l'office national de la propriété industrielle. La difficulté tient à ce que dans ce cas il n'y a pas de droit de purger organisé par la loi puisque l'aliénation en est en principe interdite. Aussi croyons-nous, bien qu'à regret, qu'il faudra admettre ici l'application de l'article 2279 au profit du tiers acquéreur.

B. Action résolutoire du vendeur.

Nous devons examiner à part les règles posées par la loi nouvelle en ce qui concerne l'action résolutoire accordée au vendeur non payé conformément à l'article 1654 du Code civil.

Nous avons déjà examiné, dans la première partie de cette étude, les conséquences admises par la jurisprudence au point de vue de l'exercice et des effets de l'action résolutoire, et déduites par elle du refus d'appliquer au fonds de commerce, envisagé comme un meuble incorporel, la maxime de l'article 2279 du Code civil.

La principale innovation de la loi du 19 mars 1909 est d'avoir étroitement lié le sort de l'action résolutoire du vendeur du fonds de commerce à celui du privilège, adoptant ainsi la solution de la loi de 1855, en ce qui concerne le privilège et l'action résolutoire du vendeur d'immeubles. Elle aboutit en effet à un résultat assez analogue à celui

du privilège, puisqu'elle permet au vendeur, en faisant tomber la vente, de reprendre le fonds de commerce entre les mains du débiteur au détriment de ses créanciers.

Nous allons, comme pour le privilège, étudier les conditions d'existence de l'action résolutoire, ses conditions d'exercice et ses modes d'extinction.

L'existence de l'action résolutoire étant liée par le législateur à celle du privilège, il en résulte que les conditions de forme édictées pour l'un doivent être observées pour l'autre. La vente devra donc être constatée par un acte écrit, acte sous seing privé enregistré ou acte authentique. L'acte de vente devra également faire l'objet d'une inscription dans le délai de quinze jours, mais il faudra que le vendeur fasse une mention expresse de son action résolutoire dans son bordereau d'inscription (article 2, § 2 de la loi).

En effet l'action résolutoire ne peut exister sans le privilège, mais le privilège pourrait exister seul sans l'action résolutoire. Mais la réserve expresse n'est exigée que dans le bordereau d'inscription. Elle pourrait ne pas avoir été formulée dans l'acte de vente lui-même. Elle est limitée, dans les mêmes termes et dans les mêmes conditions que le privilège du vendeur, aux seuls éléments qui ont été compris dans la vente.

A raison des inconvénients que présente l'action résolutoire, la loi nouvelle a subordonné son exercice à certaines conditions, permettant aux créanciers d'en éviter les conséquences et d'en repousser l'exercice.

La loi distingue deux hypothèses :

Tout d'abord, la résolution de la vente par le vendeur impayé peut être poursuivie par lui devant le Tribunal compétent. Elle est alors judiciaire. Dans ce cas, la loi déclare que le Tribunal ne pourra statuer qu'après le délai d'un mois, à compter de la notification de l'action exercée par le vendeur aux créanciers inscrits. Les créanciers inscrits ainsi prévenus peuvent alors intervenir pour faire cesser les causes de la résolution, dont l'intervention aurait pour conséquence de faire tomber les droits qui leur ont été consentis sur le fonds de commerce. Ils pourront contester le droit du vendeur en cherchant à établir que son action a été effectivement éteinte. Enfin, dans le cas où la résolution serait prononcée, ils pourront toujours assister à l'expertise de reprise de possession prescrite par le § 3 de l'article 2 pour assurer la sauvegarde de leurs droits et s'opposer à des compensations dont la cause ne serait pas nettement établie.

Mais il est des cas où la résolution de la vente peut avoir été formellement stipulée dans l'acte vente, et où, par conséquent, elle intervient de plein droit lorsque le prix n'est pas intégralement acquitté à l'échéance ; il peut aussi arriver que l'acquéreur ait postérieurement consenti amiablement à la résolution ; dans tous ces cas, la vente est résolue sans qu'intervienne une décision de justice. Dans ce cas, le vendeur doit également la notifier aux créanciers inscrits et elle ne devient définitive qu'un mois après cette notification ? Pendant ce laps de temps, les créanciers

inscrits et même tous les intéressés, par exemple les créanciers chirographaires, pourront s'opposer à la résolution, en en faisant cesser les causes et, par exemple, en payant, entre les mains du vendeur, le prix qui est demeuré dû, ou en contestant la légitimité de son droit. Dans le cas où les créanciers voudront offrir au vendeur son remboursement, ils seront prudents en consignat en mains tierces, avec affectation spéciale avant l'expiration du délai d'un mois, les sommes convenues.

Il faut remarquer que, dans le cas où les créanciers rembourseront ainsi le vendeur, et cela aussi bien dans le cas de résolution judiciaire que dans celui de résolution amiable, ils se trouveront, bien entendu, subrogés aux droits de ce vendeur contre l'acquéreur du fonds de commerce.

Mais les effets de l'action résolutoire, lorsque la résolution est prononcée, sont particulièrement intéressants. D'une manière générale l'action résolutoire a pour effet de remettre les choses en l'état où elles étaient avant que la vente soit intervenue. Le vendeur reprendra donc le fonds de commerce dans l'état où il l'a vendu. Mais une situation particulière peut se présenter. En effet le prix de vente du fonds est, nous l'avons dit, divisé en trois prix distincts ; il peut donc arriver que l'action résolutoire soit exercée uniquement à raison du défaut de paiement du prix correspondant au matériel ou à tel autre élément du fonds, alors que le privilège et l'action résolutoire sont éteints sur les autres éléments, par suite du paiement du prix y afférent. Suivant le droit

commun, ces éléments devraient demeurer la propriété du débiteur. La loi ne l'a pas voulu pour ne pas démembrer le fonds de commerce et l'article 2, § 3, décide, dans une disposition déjà citée, que le vendeur doit reprendre tous les éléments du fonds de commerce, même ceux pour lesquels le privilège et l'action résolutoire sont déjà éteints. Il n'est pas néanmoins tenu de reprendre les éléments nouveaux ajoutés au fonds par l'acquéreur depuis la vente.

M. Bouvier Bangillon interprète d'une façon particulière cette disposition de la loi. Selon lui, le vendeur deviendrait alors propriétaire des éléments du fonds sur lesquels le privilège et, partant, l'action résolutoire sont éteints, non en vertu de cette action résolutoire, mais en vertu de la volonté du législateur, *ex lege*.

En principe, également, lorsque le vendeur reprend la chose vendue, il doit restituer la totalité des sommes qu'il a déjà touchées sur le prix. La loi du 19 mars 1909 a apporté encore sur ce point une dérogation au droit commun, en admettant que le vendeur pourra faire compensation entre la portion du prix déjà touchée qu'il doit restituer et, d'autre part l'indemnité qui peut être due par l'acquéreur en raison de la moins value subie par les éléments restitués, laquelle moins value est établie par un inventaire contradictoire suivi d'estimation (article 2, § 3), ceci n'est vrai d'ailleurs que de la moins value subie par les éléments corporels — au moins dans les termes précis de la loi — et le droit de compensation reconnu au vendeur étant exceptionnel, il nous paraît qu'il y a lieu de repousser

toute extension qui serait en dehors des termes de la loi. De même, le vendeur demeure simplement créancier chirographaire et ne peut exercer aucune compensation pour les dommages-intérêts qui pourraient lui être dus à raison de la résolution de la vente et qui ne prendraient pas directement leur source dans une moins-value subie par le fonds.

Mais, comme nous avons admis au début même de cette étude que les dettes ne tombaient pas dans le fonds de commerce et n'en faisaient pas partie, il demeure certain que le vendeur qui reprend le fonds n'est plus tenu de payer les dettes que l'acquéreur a contractées à l'occasion de l'exploitation de ce fonds. Aussi bien, ces dettes ayant été ajoutées au fonds après la première vente, le vendeur ne devrait en être chargé dans aucun cas, puisqu'il n'est jamais obligé de reprendre les éléments nouveaux du fonds.

L'action résolutoire entraînant le retour du fonds de commerce dans le patrimoine du vendeur, il en résulte que tous les droits réels, que l'acquéreur avait consentis à des tiers sur le fonds, doivent être rétroactivement annulés par application de la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Par conséquent, tout d'abord au cas où le débiteur aurait aliéné le fonds au profit d'un sous-acquéreur, le sous-acquéreur sera évincé par le vendeur primitif, de même les créanciers inscrits, c'est-à-dire ceux auxquels le débiteur aurait consenti un nantissement sur le fonds de commerce, verront leur gage leur échapper et ils seront primés par le vendeur.

Cependant, leur situation n'est pas entièrement compromise, car ils conservent néanmoins le droit d'être préférés aux créanciers simplement chirographaires sur les sommes que le vendeur devra verser au débiteur à titre de restitution sur le prix. Leur droit de préférence subsiste donc en tant que le fonds de commerce est remplacé, dans le patrimoine du débiteur, par des sommes qui en représentent la valeur. C'est à raison de la persistance de ce droit de préférence sur le prix, que la loi leur a reconnu le droit d'intervenir, au cas de résolution prononcée, pour s'opposer à des compensations qui auraient pour résultat de les priver des sommes versées par le vendeur, sur lesquelles le droit de préférence peut s'exercer.

Mais doit-on reconnaître également un droit de préférence au tiers acquéreur évincé sur les sommes ainsi restituées par le vendeur ? Il semble que les mêmes raisons devraient ici dicter une solution identique. Mais la loi n'a pas consacré ce droit pour le tiers acquéreur et, en l'absence de texte, il nous paraît difficile de lui accorder ce droit. D'ailleurs, le tiers acquéreur est en faute de ne s'être pas renseigné sur l'existence du privilège et de l'action résolutoire appartenant au créancier primitif, et, par conséquent, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même de n'avoir pas procédé à la purge que la loi mettait à sa disposition.

Nous étudierons, par la suite, suivant quelles formalités cette purge peut intervenir.

Cette action résolutoire du vendeur qui n'est, en somme, que l'un des aspects du droit de suite qui lui appartient,

peut s'éteindre soit par voie principale, soit par voie de conséquence.

Elle disparaît tout d'abord par voie de conséquence, quand la créance du vendeur dont elle est l'accessoire disparaît. Mais nous avons déjà vu que le paiement de l'un des trois prix distincts stipulés pour chacun des éléments du fonds n'entraînait pas une extinction partielle de l'action résolutoire. Celle-ci continue à pouvoir s'exercer pour le tout, tant qu'une seule partie du prix demeure due. Pour M. Bouvier Bangillon au contraire, le droit et l'obligation pour le vendeur de reprendre, dans tous les cas, tous les éléments du fonds ne correspondrait pas à la persistance de l'action résolutoire sur tous les éléments, mais à un mode d'acquisition *lege* résultant de la volonté expresse du législateur.

L'action résolutoire s'éteint aussi quand le privilège au sort duquel elle est liée vient à disparaître.

Elle s'éteint par voie principale : (a) lorsque le vendeur y renonce expressément ou tacitement, par exemple, quand il ne l'a pas formellement réservée dans l'inscription au greffe du Tribunal de commerce, (b) enfin lorsqu'elle est purgée conformément aux dispositions dont nous étudions les détails par la suite.

SECTION III

Droit de suite des créanciers nantis.

La loi du 19 mars 1909 n'a pas seulement organisé la vente des fonds de commerce ; elle a aussi réorganisé le nantissement de ces fonds et donné, dans une assez large mesure, satisfaction aux désirata qu'avaient fait naître les dispositions trop brèves de la loi du 1^{er} mars 1898. Adoptant le plan que nous avons suivi maintenant, nous allons étudier d'abord les conditions auxquelles est subordonnée, dans la législation actuelle, la validité du nantissement des fonds de commerce ; nous verrons ensuite comment s'exercent les droits du créancier nanti et plus spécialement le droit de suite ; nous examinerons enfin quels sont les modes d'extinctions de ce droit de suite appartenant sans conteste, aux termes de l'article 22 de la loi, aux créanciers nantis.

A. Conditions d'existence du nantissement. — Ces conditions sont de deux sortes ; des conditions de fond et des conditions de forme.

Tout d'abord, c'est toujours en vertu d'une convention que le nantissement prend naissance. Il n'y a pas de nantissement légal ou judiciaire comme il y a une hypothèque légale ou judiciaire. Pour pouvoir consentir un nantissement valable sur un fonds de commerce, il faut être

propriétaire du fonds et il faut être capable d'aliéner.

Il faut être propriétaire du fonds ; le nantissement consenti sur le fonds d'autrui serait nul ; mais il nous paraît que cette nullité pourra être purgée si le constituant devient, par la suite, propriétaire du fonds et aussi si le véritable propriétaire ratifie, par la suite, la constitution (1). De même celui qui est propriétaire sous conditions, sous condition résolutoire par exemple, pourra consentir sans doute un nantissement mais qui demeurera soumis au même aléa que son droit de propriété. C'est le cas de l'acquéreur qui demeure soumis au risque de l'exercice de l'action résolutoire par le vendeur non payé ; la ruine du droit de propriété de cet acquéreur entraînera celle du nantissement qu'il aura consenti au profit d'un tiers.

Il faut être capable d'aliéner et par conséquent le nantissement ne pourra être consenti par un mineur et, plus généralement, par un incapable. Cependant, le mineur autorisé à faire le commerce, la femme autorisée à faire le commerce pourront valablement consentir un nantissement, la loi leur reconnaît la capacité d'hypothéquer leurs immeubles. Le nantissement peut être consenti au profit de tout créancier dont la créance ne peut être discutée, au moins quant à son existence. Un associé ne pourrait obtenir un nantissement sur le fonds de commerce exploité par la société dont il est membre.

Mais le nantissement ne peut être consenti que sur un

(1) V. dans ce sens, Montier et Faucon, *op. cit.*, n° 14, p. 151 ; Lesur, *Du nantissement des fonds de commerce*, n° 43.

fonds de commerce. La question s'est posée quelquefois au sujet des bureaux de tabac. On sait que ces établissements ne sauraient être considérés comme commerciaux ; le préposé est un agent de l'administration ; l'Etat n'est pas commerçant. Cependant, quand le débit de tabac n'est que l'accessoire d'une exploitation qui présente, elle, un caractère commercial, comme un débit de boissons et de liqueurs, le titulaire devenant commerçant, un nantissement pourra être constitué sur l'ensemble du fonds, mais il ne portera, bien entendu, que sur les éléments commerciaux.

La loi du 1^{er} mars 1898 avait déjà mis fin à certaines incertitudes manifestées, dans la pratique, au point de vue de la réalisation formelle du nantissement du fonds de commerce.

D'après la jurisprudence, il fallait que le débiteur remît au créancier nanti le bail et qu'il notifiât le nantissement au bailleur. La loi du 1^{er} mars 1898 avait créé une publicité particulière, résultant d'une inscription au greffe du Tribunal de commerce. Mais on ignorait dans quel délai l'inscription devait être prise. La loi du 19 mars 1909 édicte des règles précises dont l'observation est nécessaire, mais suffisante.

Ces formalités sont d'ailleurs identiques à celles qui sont édictées pour la publicité du privilège du vendeur et nous pouvons en conséquence les énumérer rapidement.

1^o Il faut que l'acte de nantissement soit constaté par un acte écrit, un acte authentique ou un acte sous-seing privé

enregistré (article 10, § 1). C'est là une exigence contraire au droit commun du commerce, puisque le gage commercial peut, en principe, être consenti verbalement.

2^o Lorsque l'acte de nantissement est un acte sous-seing privé, il faut qu'il soit déposé au greffe du Tribunal de commerce. C'est une formalité substantielle.

3^o Enfin, il faut que le nantissement soit inscrit sur un registre tenu au greffe. Le projet primitif exigeait même que le nantissement fût publié dans un journal d'annonces légales ; cette exigence a paru inutile et dangereuse. M. Baudet s'exprimait ainsi dans son rapport : « La proposition primitive de M. Cordelet complétait la publicité en exigeant l'insertion dans un journal d'annonces légales ; la commission sénatoriale n'a pas cru devoir maintenir cette disposition qui, si elle présentait des avantages certains pour les créanciers, nuisait trop gravement à la solvabilité des possesseurs du fonds donné en nantissement. »

L'inscription doit être prise dans le délai de quinzaine, à compter de la date de la signature de l'acte, et non de la date de l'enregistrement. Nous n'avons pas à revenir sur la discussion à laquelle ce point de départ pourrait donner naissance, nous l'avons examinée au sujet du privilège du vendeur.

Le délai n'est pas franc, et nous en déduirons les mêmes solutions que nous avons admises pour le privilège du vendeur au sujet des jours fériés.

Une question plus délicate est celle de savoir quels sont

les événements qui peuvent arrêter la prise de l'inscription. C'est d'abord la vente du fonds de commerce, à condition que sa date soit établie, soit par l'enregistrement, soit par un moyen de preuve certain et admis en droit commercial. C'est ensuite la faillite ou la liquidation judiciaire du débiteur constituant. L'article 11, § 2, de la loi ne laisse aucun doute sur ce point, car il stipule que l'article 448, § 1, du Code de commerce est applicable au nantissement. *Quid* du décès du débiteur et de l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire ? Les travaux préparatoires ne nous fournissent aucun renseignement et, d'autre part, la question n'a jamais été tranchée en jurisprudence antérieurement à la loi, sous le régime de celle du 1^{er} mars 1898. Les auteurs sont divisés (1). Le projet de la société d'études législatives se prononçait pour la non application de l'article 2146 du Code civil, et M. Percerou, dans son rapport, exposait que, si la commission avait bien voulu admettre que les causes qui arrêtent le cours des inscriptions hypothécaires font aussi obstacle à l'inscription du nantissement, elle avait entendu néanmoins faire une exception en ce qui concerne l'article 2146 du Code civil, qui a fait l'objet de justes critiques. La brièveté du délai imparti au créancier pour faire inscrire le nantissement, nous paraît de nature à écarter toute surprise et nous concluons, par conséquent, que

(1) V. pour l'application de l'art. 2146, C. civil, Lesur, *op. cit.*, n° 88. Contra, Wahl, note s. 1904, 2, 4. — Ruffelet, *Du nantissement des fonds de commerce*, thèse, p. 403.

l'article 2146 ne doit pas être appliqué en notre matière.

L'inscription doit être prise au greffe du Tribunal de commerce, dans le ressort duquel le fonds de commerce est exploité. S'il n'y a pas de Tribunal de commerce, c'est au greffe du Tribunal civil que l'inscription devra être prise (article 10, § 2) ; si le fonds de commerce comporte une ou plusieurs succursales, l'inscription devra également être prise au greffe du Tribunal de commerce, dans le ressort duquel chacune de ces succursales est située.

Si c'est la succursale seule qui est donnée en nantissement, suffira-t-il de prendre l'inscription au greffe du Tribunal de commerce du lieu où cette succursale est située, ou faudra-t-il, au contraire, prendre aussi une inscription au greffe du Tribunal dans le ressort duquel est situé et exploité l'établissement principal ?

En principe, une seule inscription au greffe du Tribunal dans le ressort duquel la succursale est située devra suffire. Cependant certains auteurs estiment, bien que la succursale doive en principe être considérée comme un fonds de commerce isolé, qu'il serait plus prudent de prendre deux inscriptions dans les deux greffes respectifs, car le crédit de l'établissement principal peut, dans une certaine mesure, être affecté par la mise en nantissement de la succursale (1). Les difficultés soulevées par les fonds de commerce forains, rencontrées à l'occasion du privilège

(1) V. Percerou, Rapport précité ; Boutaud et Chabrol, *op. cit.*, n° 300 ; Montier et Faucon, *op. cit.*, n° 30, p. 156.

du vendeur, se retrouvent ici et doivent être solutionnées de la même manière.

Les formalités de l'inscription, identiques pour le vendeur et le créancier gagiste, sont énumérées par l'article 24 de la loi. L'inscription ne conserve le privilège que pendant cinq ans et doit être renouvelée dans les mêmes termes et sous les mêmes conditions que l'inscription du privilège du vendeur.

B. *Etendue du nantissement.* — Aux termes de l'article 9, § 1, de la loi, « sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement soumis aux dispositions de la présente loi, comme faisant partie d'un fonds de commerce, l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles industriels, et généralement les droits de propriété industrielle, littéraire et artistique qui, y sont attachés. »

Cette énumération est limitative, le texte l'indique clairement. La principale observation que soulève sa lecture est l'exclusion des marchandises du gage du créancier nanti. Cette mesure, destinée à mettre fin aux fraudes multiples longuement signalées au cours des travaux préparatoires, et rendues faciles par la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, qui admettait le gage sans dessaisissement, même pour les marchandises (1), nous est

(1) Cass. 31 oct. 1906, *Journ. faill.*, 1907, p. 97.

apparue déjà comme essentiellement destinée à ménager les intérêts des créanciers simplement chirographaires et à leur conserver un gage qui leur soit exclusivement réservé. Cependant, rien n'empêcherait le débiteur de donner en gage ses marchandises, à condition que le nantissement fût accompagné d'une tradition effective. Certaines difficultés peuvent seulement s'élever en pratique sur la distinction en fait du matériel servant à l'exploitation du fonds qui peut faire l'objet du nantissement, et les marchandises qui en sont exclues. Cependant, il nous paraît que l'on doit considérer comme marchandises tout approvisionnement, quelqu'en soit la destination, qu'il s'agisse de matières destinées à être transformées et vendues ou de matières destinées à être consommées au cours de l'exploitation même du fonds.

Ici, comme en matière de privilège du vendeur, le nantissement ne porte, au cas de silence de la convention, que sur les éléments incorporels du fonds. Mais, si le silence des parties emporte exclusion des éléments corporels ou si elles peuvent exclure formellement tel ou tel de ces éléments, il nous paraît par contre impossible d'admettre que les éléments incorporels puissent en être exclus. Ces dispositions spéciales de la loi deviendraient sans but et sans raison légitimes, si le nantissement portait seulement sur des objets corporels, sur le matériel et l'outillage.

Les difficultés soulevées par le matériel immeuble par destination et l'addition de nouveaux éléments corporels

ou incorporels au fonds depuis la date du nantissement, doivent être tranchées, comme pour le privilège du vendeur et pour les mêmes raisons (article 9, §§ 3 et 24, 4^e de la loi).

La créance garantie est celle qui a été déterminée dans la convention ; les intérêts ne sont conservés que pendant deux ans et nous ne croyons pas que le créancier puisse prendre une nouvelle inscription pour la conservation des intérêts échus depuis plus de deux ans, puisque l'inscription doit, à peine de nullité, être prise dans le délai de quinzaine, à dater de l'acte de constitution.

Enfin, l'article 2082 du Code civil ne saurait trouver ici son application, puisque le gage tacite, consacré par cet article, procède du droit de rétention, lequel n'appartient certainement pas au créancier nanti d'un fonds de commerce, le nantissement étant réalisé ici sans dessaisissement.

Le privilège du créancier gagiste étant ainsi consenti et constaté, quels sont les effets qu'il entraîne et spécialement au point de vue du droit de suite ?

C. Effets du privilège du créancier gagiste. — Le créancier gagiste a tout d'abord un droit de préférence sur le prix des éléments du fonds de commerce qui lui ont été constitués en gage.

Ce droit de préférence doit s'exercer, comme celui du vendeur, sur les indemnités d'assurance au cas d'incendie, sur les indemnités d'expropriation au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique.

Mais il a aussi un droit de suite qui le protège contre les aliénations consenties par le débiteur, au mépris de son droit. La jurisprudence lui reconnaissait ce droit avant la loi du 19 mars 1909.

L'article 22 de la loi le lui confère expressément. Cette décision de principe que nous traduisons ici, a été consacrée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 18 décembre 1909, dans une espèce où un créancier, ayant fait inscrire son nantissement sur un fonds de commerce, conformément à la loi du 1^{er} mars 1898, avait, postérieurement à la loi nouvelle du 19 mars 1909, rempli les formalités prévues par l'article 24. La Cour a décidé que le créancier nanti avait, non seulement un droit de préférence, mais aussi un droit de suite (1). Mais le corollaire nécessaire est le droit qui a été reconnu à l'acquéreur de purger, et par conséquent de se mettre à l'abri de toute éviction.

Le créancier nanti peut, tout d'abord, exercer le droit de suite contre le tiers acquéreur de l'ensemble du fonds, c'est-à-dire qu'il peut saisir le fonds entre ses mains et le faire vendre, pour se payer sur le prix. Mais il y a certains éléments de ce fonds, que n'atteint pas son privilège, les marchandises, certains éléments corporels, lorsque la convention ne les a pas formellement compris dans le nantissement. Ces éléments doivent-ils néanmoins subir le

(1) Paris, 18 déc. 1909, *Le Droit*, 17 fév. 1910, Paris, 8 mars 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 1, 624.

droit de suite, c'est-à-dire doivent-ils ou peuvent-ils être vendus aussi à la requête du créancier nanti ?

Il nous paraît que la vente du fonds doit être globale et comprendre, dans tous les cas, tous les éléments du fonds. Le vœu du législateur, exprimé formellement en ce qui concerne le privilège du vendeur, est que le fonds ne soit pas démembré. Par argument de l'article 20 et de l'article 2, § 3, nous admettrons donc que, même les marchandises, devront être comprises dans la vente.

Le droit de suite peut-il également s'exercer au cas d'aliénation d'un élément isolé du fonds, qu'il s'agisse d'un élément corporel ou d'un élément incorporel ? Sans aucun doute, lorsqu'il s'agit d'un élément incorporel, tel qu'un brevet d'invention, car la publicité spéciale, organisée à l'office national de la propriété industrielle, doit avertir le tiers-acquéreur, qui ne saurait se prétendre de bonne foi ; au surplus, l'article 2279 ne s'applique pas aux meubles incorporels. Mais s'il s'agissait d'un élément corporel, le tiers détenteur pourrait, sans doute, opposer sa bonne foi et invoquer la règle « en fait de meubles, possession vaut titre ».

Cette aliénation est, en principe d'ailleurs, interdite au débiteur, qui ne peut diminuer, par son fait, les sûretés consenties à ses créanciers ; mais la règle ne s'applique pas aux marchandises qui peuvent être vendues au détail dans des conditions normales, puisque le débiteur conserve, en principe, le droit de continuer l'exploitation du fonds de commerce en possession duquel il demeure.

De même que le créancier nanti ne peut, en principe, se laisser opposer la vente amiable d'un élément isolé du fonds, il peut aussi s'opposer à ce qu'un élément isolé soit vendu par un créancier saisissant ; dans ce cas, l'article 20 de la loi exige que le poursuivant ne commence sa procédure que dix jours après la notification qu'il doit en faire aux créanciers inscrits depuis au moins quinze jours. Ceux-ci ont alors le droit de requérir la mise en vente de la totalité du fonds, y compris tous ses éléments.

Nous examinerons, dans un chapitre spécial, les règles de procédure édictées par la loi nouvelle pour l'exercice du droit de suite. Trois questions de principe doivent, seulement ici, retenir notre attention.

Ces trois questions délicates concernent les exceptions et moyens de défense que peut invoquer le tiers détenteur.

a) Le tiers détenteur peut-il soulever l'exception de discussion ? Son caractère exceptionnel doit la faire écarter en l'absence d'un texte précis.

b) Peut-il au contraire invoquer l'exception de garantie ? Oui, certainement, car elle n'est que l'application du droit commun.

c) Le tiers détenteur peut-il délaisser ? Ce droit est également exceptionnel ; si l'article 23, § 3, admet que le tiers surenchéri peut cesser de gérer le fonds et faire nommer un administrateur provisoire par le Tribunal, cette faculté n'est pas formellement reconnue au tiers détenteur qui subit une expropriation. Cependant, comme le paragraphe 5

de l'article 15 dit que le Tribunal nomme s'il y a lieu un administrateur provisoire, on peut admettre que le tiers détenteur sollicite cette nomination.

Lorsque le fonds de commerce est vendu, le créancier nanti doit se faire payer sur le prix et il exerce son droit de préférence après avoir exercé le droit de suite. Nous devons examiner ici les conflits qui peuvent s'élever entre plusieurs créanciers privilégiés au point de vue de la répartition du prix. Nous n'avons à examiner spécialement que le conflit éventuel entre le vendeur et le créancier nanti, puisque ce conflit est le seul qui puisse s'élever comme conséquence de l'exercice du droit de suite qui fait l'objet spécial de cette étude.

Avant la loi du 19 mars 1909, on considérait généralement que le créancier nanti ne devait être préféré au vendeur que dans le cas où il n'avait pas pu savoir que le prix de vente du fonds n'avait pas été intégralement payé (1). Certains auteurs concluaient du droit pour le vendeur d'exercer l'action résolutoire qu'il devait toujours être préféré au créancier nanti (2).

Aujourd'hui le privilège du vendeur et celui du créancier nanti prennent rang à la date de leurs inscriptions respectives. Mais *quid* du conflit entre le créancier nanti et le vendeur impayé du mobilier, de l'outillage et des marchan-

(1) Boudaud et Chabrol, n° 212. Laurent, t. XXIX, n° 519. Aubry et Rau, t. III, p. 803, Paris, 12 nov. 1904; *Gaz. Pal.*, 1^{er} déc., 1904.

(2) Sarrazy, *Nantissement des fonds de commerce*, p. 129.

dises ? Certains auteurs préféraient avant la loi le créancier gagiste de bonne foi (1), d'autres au contraire préféraient le vendeur en partant de cette idée que le nantissement ne pouvait porter sur ces éléments que déduction faite des charges qui le grevaient déjà (2). Cette solution doit être adoptée depuis la loi de 1909 car le privilège du créancier gagiste est une véritable hypothèque mobilière, et en principe un privilège doit passer avant une hypothèque.

Avant d'aborder les modes d'extinction du privilège du créancier nanti, nous devons signaler une disposition intéressante de la loi nouvelle qui est d'ailleurs commune au créancier gagiste et au vendeur.

Il arrive en effet que le droit au bail constitue l'un des éléments essentiels du fonds de commerce. Pour éviter les collusions frauduleuses éventuelles entre le bailleur et le titulaire du fonds, la loi dans son article 14 dont la disposition a été combattue au Sénat par M. de Las Cases décide que « dès le moment où le fonds est grevé d'une inscription, le propriétaire du fonds, qui veut poursuivre la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel s'exploite le fonds, doit notifier sa demande aux créanciers antérieurement inscrits, au domicile élu par eux dans leur inscription. Le jugement ne peut intervenir qu'après un mois écoulé depuis la notification. La résiliation amiable du bail ne devient donc

(1) Sarrazy, 419, Paris, 8 juin 1908, D. 1908, 2, 147.

(2) Boutaud et Chabrol, 410, Trib. comm. Seine, 15 nov. 1905, Droit du 22 juin 1906.

définitive qu'un mois après la notification qui en a été faite aux créanciers inscrits aux domiciles élus. »

D. *Modes d'extinctions du privilège du créancier nanti.* —

Le privilège du créancier nanti peut s'éteindre soit par voie de conséquence, soit par voie principale.

Le nantissement disparaît en même temps que s'éteint la créance dont il est l'accessoire ; la créance doit être éteinte pour le tout, le nantissement en effet est indivisible et ne comporte pas de sectionnement comme le privilège du vendeur. Le privilège s'éteint par voie principale, par la renonciation tacite ou expresse ; mais, dans le premier cas, il faut que la renonciation ne soit pas douteuse et puisse s'induire avec certitude de l'attitude du créancier. Il peut s'éteindre encore par la purge, par la perte du fonds de commerce, par le défaut d'inscription en temps utile ou par la péremption de l'inscription.

CHAPITRE III

QUESTIONS DE PROCÉDURE

A. Procédure de réalisation du gage par les créanciers chirographaires. — Nous avons envisagé la nature du droit des créanciers chirographaires dans la distribution des deniers à provenir de la réalisation du fonds de commerce. Il est nécessaire de nous demander à quelle procédure est soumise, en ce qui les concerne, la réalisation du fonds.

Une première remarque s'impose au sujet de la déchéance du terme prévue par l'article 13 de la loi du 19 mars 1909, article inséré dans la 1^{re} section du chapitre III de la loi. Il prévoit divers cas où les créanciers du propriétaire d'un fonds de commerce pourront invoquer la déchéance du terme : l'un a trait à la demande formée par le vendeur et les créanciers inscrits, et nous n'insisterons pas sur cette disposition ; l'autre vise spécialement les créanciers ordinaires, dont la créance est née à l'occasion de l'exploitation du fonds, mais seulement dans l'hypothèse où un nantissement aura été consenti sur le fonds de leur débiteur.

Cette disposition de faveur, due à l'initiative de la commission du Sénat, a pour but de ne pas laisser ces créanciers désarmés devant la survenance d'un nantissement qui diminue le gage sur lequel ils ont le droit de compter. Comment parviendront-ils à sauvegarder leurs droits ? Telle est la question que nous allons résoudre avec le texte de la loi.

La procédure, au demeurant, est simplifiée, mais elle devait nécessairement être prévue, étant donné que la faillite seule a pour effet de rendre exigibles toutes les dettes du failli. Tel n'est pas le cas ici puisque la réalisation du gage peut ne pas entraîner la déclaration de faillite. Aussi le créancier chirographaire doit-il intenter directement son action en déchéance du terme par une assignation devant le Tribunal de commerce du lieu de la situation du fonds, à l'effet de démontrer que la créance est née à l'occasion de l'exploitation de ce fonds, point sur lequel le tribunal a un large pouvoir d'appréciation.

L'affaire portée devant le Tribunal de commerce est soumise à une procédure expéditive. En effet l'article 13, § 5 spécifie que ces demandes sont soumises à des règles de procédure édictées par le paragraphe 8 de l'article 15, lequel s'applique aux poursuites de saisie-exécution, sur lesquelles nous reviendrons plus loin. En vertu des dispositions de l'article 15, le Tribunal de commerce est tenu de statuer dans la quinzaine de la première audience, c'est-à-dire dans la quinzaine de la mise au rôle. Et ici, il faut relever deux dérogations notables aux principes du droit commun :

1^o le jugement n'est pas susceptible d'opposition de la part du débiteur défaillant, et il est exécutoire sur minute ;
2^o mais il est susceptible d'appel, non plus dans les deux mois de la signification, mais dans la quinzainé à partir du jour où il a été signifié à partie. L'appel est jugé sommairement par la Cour dans le mois, et l'arrêt est exécutoire sur minute.

C'est là une série de dispositions exceptionnelles qu'il est nécessaire de signaler et qui dérivent de l'urgence nécessaire à la sauvegarde des droits des créanciers : elles reflètent au premier chef l'esprit dans lequel a été conçue la loi du 19 mars 1909. Il faut noter également que le même § 8 de l'article 15 indique — ce qui paraît être une superflétation — que l'appel est suspensif. Cette indication était cependant indispensable, en présence de la disposition de la loi relative à la suppression de la voie de l'opposition, et du caractère exécutoire du jugement de défaut. Le débiteur défaillant peut avoir été victime d'un cas de force majeure qui l'empêche de contester en justice le bien fondé du droit prétendu de son créancier, et de démontrer que la créance litigieuse n'est pas née à l'occasion de l'exploitation du fonds qu'il exploite. Dès lors, dans son intérêt comme dans celui des créanciers nantis, il était logique de mettre obstacle à l'exécution provisoire, afin de lui faciliter le moyen de répondre en appel à la demande dont il est l'objet. Au surplus, les droits du créancier poursuivant ne sont guère compromis, en raison de la célérité que doivent mettre les juges d'appel à rendre leur arrêt.

Telle est la procédure à suivre par le créancier chirographaire qui vise à obtenir à l'encontre de son débiteur le bénéfice de la déchéance du terme.

Mais en pratique, cette demande est souvent accompagnée d'une demande en paiement et de mise en vente du fonds, qui seule peut conférer au créancier un titre exécutoire, par l'obtention d'un jugement de condamnation qui est le prélude d'une saisie-exécution. Comment le créancier parviendra-t-il à réaliser les biens de son débiteur ?

Cette question nous amène à résoudre la procédure à suivre par le créancier chirographaire nanti d'un jugement ou d'un titre exécutoire. Nous allons constater qu'ici encore le législateur s'est efforcé de maintenir, autant que possible, l'équilibre entre les droits de tous les créanciers, indistinctement, sans nuire toutefois à la célérité de la procédure. Les articles 15 et 17 règlent la matière qui nous occupe.

L'article 15 qui s'occupe de la saisie-exécution prévoit deux hypothèses distinctes : celle où le créancier saisissant demande la mise en vente du fonds de commerce, et celle où cette demande est faite par le débiteur saisi (pag. 1, 2, 3).

Le créancier, qui saisit en vertu d'un jugement ou d'un titre exécutoire, a-t-il l'intention d'user de la faculté de demander la mise en vente du fonds, (éléments incorporels, marchandises et matériel), il doit, avant d'assigner le propriétaire de ce fonds devant le tribunal de commerce, lui

avoir fait commandement de payer et, faute par celui-ci de se libérer, avoir fait dresser un procès-verbal de saisie. Saisi de cette demande facultative de la part du créancier, le Tribunal de commerce fixe un délai à l'expiration duquel la vente aura lieu, à défaut de paiement par le débiteur, et à la requête du créancier qui est tenu, en ce cas, de se conformer aux dispositions de l'article 17 que nous rappelons ci-dessous.

Si, au contraire, le propriétaire dont les marchandises ou le matériel ont été saisis, demande lui-même la mise en vente de son fonds, il est tenu, après le procès-verbal de saisie, d'assigner à ces fins son créancier devant le Tribunal de commerce. Celui-ci impartit au débiteur un délai dans lequel la vente devra avoir lieu, et, faute par le débiteur d'avoir fait procéder à la vente dans ce délai, les poursuites de saisie-exécution sont reprises et continuées au point où elles en étaient au moment de l'assignation.

Dans l'un et l'autre cas, que la demande émane du saisissant et du saisi, le Tribunal nomme s'il y a lieu, un administrateur provisoire du fonds dont la loi a omis de déterminer les attributions ; il fixe les mises à prix, détermine les conditions principales de la vente et commet enfin pour y procéder l'officier public qui dresse le cahier des charges (art. 15, § 5).

Ces formalités préliminaires accomplies, il y a lieu de procéder à la réalisation proprement dite du fonds de commerce, et l'article 17 formule une série de règles iden-

tiques à celles tracés par le Code de Procédure civile relativement à la saisie immobilière.

« Le poursuivant fait sommation au propriétaire du fonds et aux créanciers inscrits antérieurement à la décision qui a ordonné la vente, au domicile élu par eux dans leur inscription, quinze jours au moins avant la vente, de prendre communication du cahier des charges, de fournir leurs dires et observations et d'assister à l'adjudication, s'ils en leur semble. »

A défaut d'élection de domicile par le créancier inscrit, nous concluons que le poursuivant n'est pas tenu de lui faire sommation. De plus si la vente est poursuivie à la requête du débiteur lui-même, celui-ci doit également faire les sommations prévues à l'article 17.

La vente a lieu dix jours au moins après l'apposition d'affiches dont le contenu est réglementé par l'article 17, § 2 aussi méticuleusement que l'est la rédaction des affiches et placards en matière de saisie immobilière : nom, profession, domicile du poursuivant ; ceux du propriétaire du fonds ; décision en vertu de laquelle la poursuite a lieu ; élection de domicile dans le lieu où siège le tribunal de commerce compétent ; éléments constitutifs du fonds, nature de ses opérations ; situation ; mises à prix ; lieu, jour et heure de la vente ; nom, domicile de l'officier public commis par le tribunal.

Ces mentions énumérées dans le § 2 sont-elles prescrites à peine de nullités ? La loi n'en dit mot et la jurisprudence n'a pas eu à se prononcer sur ce cas ; mais il nous

semble logique d'admettre qu'elles sont nécessaires à la validité de la procédure. C'est dans ce sens que s'est prononcé M. Glasson, à propos des insertions dans les journaux en matière de vente immobilière (1).

Ajoutons que l'affiche doit être insérée, dix jours avant la vente, dans un journal d'annonces légales du Tribunal de commerce et, à défaut, du Tribunal de l'arrondissement où le fonds est situé, et que la publicité doit être constatée par une mention faite dans le procès-verbal de vente. Cette dernière disposition est une dérogation aux règles admises en matière de saisie immobilière où, en pareil cas, il y a lieu de dresser un procès-verbal d'affiches.

Il faut noter enfin que les moyens de nullité de la procédure antérieure à l'adjudication doivent être soumis au Président du Tribunal civil de l'arrondissement où s'exploite le fonds, huit jours au moins avant l'adjudication. L'ordonnance du Président doit être rendue dans la quinzaine, et on lui applique les dispositions de l'article 15, § 8 quant aux voies de recours.

La vente ne peut avoir lieu, du reste, que dix jours après notification aux créanciers inscrits, au domicile par eux élu dans leur inscription.

Telle est, en résumé, la procédure imposée par la loi, pour arriver à la réalisation du fonds de commerce par les soins des créanciers chirographaires, procédure simplifiée et, au demeurant, assez rapide. Il nous reste pour la compléter à dire quelques mots de la surenchère.

(1) Glasson, t. II, p. 296.

B. *Surenchère du sixième.* — Nous avons vu qu'une innovation importante de la loi de 1909 avait permis aux créanciers inscrits ou opposants, même chirographaires, de surenchérir du sixième au cas de vente amiable.

Cette surenchère doit être du sixième du prix du fonds incorporel ; le matériel et les marchandises sont repris à dire d'expert. La surenchère doit intervenir dans les vingt jours qui suivent l'insertion du deuxième avis de vente. — La procédure de surenchère du sixième est très analogue à celle de la surenchère du dixième dont nous parlons plus loin. Le Tribunal ordonne la mise aux enchères publiques devant un officier public qu'il commet ; le surenchérisseur doit fournir caution avant l'audience ou justifier d'une solvabilité suffisante. La revente doit avoir lieu aux mêmes conditions et délais que la vente sur laquelle la surenchère est intervenue (art. 5 §, 5). A partir de la notification, l'acquéreur devient administrateur séquestre.

Les effets de la surenchère sont les mêmes que ceux que nous étudierons à propos de la surenchère du dixième. Cependant on doit refuser à l'acquéreur surenchéri le droit de recourir contre le vendeur pour l'excédent du prix d'adjudication sur le prix d'acquisition et l'intérêt de cet excédent, car la loi ne consacre pas ce recours, et si d'ailleurs le passif du vendeur se trouvait augmenté de cet excédent, les créanciers chirographaires ne parviendraient jamais à se faire payer intégralement.

C. *Mode d'exercice du droit de suite.* — Que le droit de suite soit exercé par le vendeur ou qu'il le soit par le

créancier gagiste, les diverses étapes de la procédure sont les mêmes. Elles ont été réglées en détail par le législateur de 1909 (art. 15 et suiv). La procédure débute par une sommation, qui doit être adressée à la fois au débiteur et au tiers détenteur, d'avoir à payer la créance en principal et intérêts. Cette sommation peut être faite en vertu d'un acte sous seing privé (article 16). La loi a estimé avec raison, que la nécessité d'un acte authentique était incompatible avec la rapidité qui est de rigueur dans les opérations commerciales. Du reste, cette acte, base de la sommation, aura été certainement l'objet d'une publicité légale qui lui conférera date certaine. La loi exige qu'entre cette sommation et l'assignation devant le Tribunal s'écoule un délai de huit jours. Le débiteur rigoureux, qui voudrait réduire au minimum ce délai, pourrait d'ailleurs s'exposer à certaines difficultés, en effet, l'article 22 de la loi accorde au tiers détenteur un délai de quinze jours à dater de cette sommation pour faire des offres à fin de purge, il sera donc préférable pour faire ordonner la vente d'attendre l'expiration de ce délai. Nous croyons que dans le cas contraire, les frais du jugement, obtenu prématurément par un créancier trop pressé et suivi d'une purge effective, seraient considérés comme frustratoires et devraient être laissés à la charge de ce créancier.

L'assignation doit être donnée devant le Tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. Cette question de compétence a fait, comme nous l'avons déjà indiqué, l'objet d'une discussion au Sénat et l'inter-

vention de M. Vallé a été déterminante de la compétence reconnue dans tous les cas au juge consulaire.

L'assignation, comme la sommation, doit être dirigée à la fois contre le tiers détenteur et contre le débiteur ; la loi veut que le débiteur soit mis en cause pour faire valoir tous les moyens de défense, exceptions et nullités, qui permettraient de faire repousser l'action du créancier poursuivant. En effet, le tiers détenteur exproprié pourra toujours se retourner contre lui pour se faire indemniser du préjudice qu'il aurait à subir du fait de l'éviction.

Dans le cas par conséquent où le débiteur n'aurait pas été appelé en cause, il pourrait attaquer la décision à intervenir par la voie de la tierce opposition. Cette hypothèse sera assez rare, car le tiers détenteur aura tout intérêt à appeler le débiteur en cause. Mais la loi simplifie la procédure en remplaçant l'appel en garantie par une assignation directement et nécessairement délivrée contre le débiteur.

Dans le cas où la poursuite est exercée par un créancier nanti, il doit se préoccuper, avant d'obtenir jugement d'une dernière formalité. C'est dans le cas où l'état des inscriptions révèle l'existence d'un privilège du vendeur avec réserve de l'action résolutoire. L'article 2, § 6 porte que dans ce cas, comme du reste dans tous les cas où la vente d'un fonds de commerce est poursuivie aux enchères publiques, il y a lieu de procéder à la purge de l'action résolutoire. Le poursuivant doit notifier aux vendeurs la sommation, leur laisser copie soit de l'assignation soit du

jugement déjà obtenu par lui, en leur déclarant que faute par eux d'exercer leur action résolutoire dans le mois de cette notification, ils seront déchus du droit de l'exercer à l'encontre de l'adjudicataire.

Que la notification soit antérieure ou postérieure au jugement, il faudra de toute façon, avant de procéder à la vente, attendre l'expiration de ce délai d'un mois.

Saisi de la demande, le Tribunal de commerce doit statuer dans la quinzaine de la première audience. Le Tribunal devra donc accorder un tour de faveur aux demandes qui tendront à obtenir la vente d'un fonds de commerce. Observons que cette attention de la loi à l'égard du créancier risquera d'entraîner parfois pour le débiteur de sérieux inconvénients. Beaucoup de créanciers, qui se seraient contentés de demander au Tribunal de condamner le débiteur à payer le montant de leur créance, seront tentés d'user de la faculté que leur accorde l'article 18, § 1 et de demander la vente du fonds alors qu'elle ne s'impose nullement dans un but de rapidité. Le Tribunal devra donc surtout en l'absence de créanciers inscrits user de son pouvoir d'appréciation avec la plus grande réserve.

Quid si le Tribunal n'a pas statué dans la quinzaine de sa première audience ? Le poursuivant ne saurait être responsable de ces lenteurs de procédure. Il n'y a là qu'une règle disciplinaire et non une cause de nullité de la procédure.

Le jugement n'est pas susceptible d'opposition. Il importe donc peu que le ou les défendeurs fassent défaut. Il

est exécutoire sur minute de telle sorte que l'administrateur provisoire, dans le cas où il en sera nommé un, pourra prendre immédiatement possession du fonds et procéder, le jour même, à l'inventaire des marchandises qui le garnissent avant que le détenteur ait pu les faire disparaître. Mais le jugement est susceptible d'appel. L'appel doit être formé dans le délai de quinze jours. Mais ce délai s'applique à la partie du jugement qui ordonne la vente, non à celle qui constate la créance. L'appel est suspensif même en ce qui concerne la prise de possession par l'administrateur provisoire et il y a peut-être lieu de le regretter.

L'arrêt ou le jugement désigne un notaire ou un autre officier public pour dresser le cahier des charges et procéder à la vente ; il peut aussi désigner, nous l'avons vu, un administrateur provisoire pour gérer le fonds dans l'intervalle et fixer son indemnité. Il fixe une mise à prix distincte pour les marchandises, le matériel et les éléments incorporels. Il détermine le nombre des insertions, le jour de la vente. Il peut enfin autoriser le poursuivant à toucher le prix directement sur ses simples quittances, soit de l'adjudicataire, soit de l'officier public vendeur, après déduction des frais privilégiés lorsqu'il n'y a pas de créanciers inscrits.

Après l'expiration d'un délai de quinze jours, à compter de la signification de la décision ordonnant la vente, le poursuivant doit faire sommation au détenteur du fonds ainsi qu'aux créanciers inscrits avant la décision ordonnant la vente, d'avoir à prendre communication du cahier des

charges, de fournir leurs dires et observations et d'assister à l'adjudication si bon leur semble. Pour la rédaction du cahier des charges, l'article 32, § 1, décide que l'officier public commis pour procéder à la vente, aura le droit, s'il le juge utile, de se faire délivrer par le greffier copie des actes de vente sous seing privé, déposés au greffe. Il pourra également se faire délivrer une expédition des actes authentiques, lorsqu'il en aura été dressé. La loi a voulu, en lui accordant ces pouvoirs, éviter que le débiteur puisse mettre obstacle à cette rédaction, en ne donnant pas de bonne grâce les renseignements nécessaires.

Où les créanciers pourront-ils prendre communication du cahier des charges? En l'absence des dispositions spéciales, le cahier des charges sera consulté en l'étude du notaire ou de l'officier public chargé de la vente.

La vente a lieu dix jours au moins après l'apposition d'affiches, indiquant tous les renseignements propres à identifier le fonds mis en vente. Ces affiches sont obligatoirement apposées à la diligence de l'officier public, à la porte principale de l'immeuble où le fonds est exploité, à celle de la mairie de la commune où est situé le fonds, à celle de l'immeuble où loge l'officier public chargé de la vente, à celle du Tribunal de commerce, dans le ressort duquel le fonds est exploité; s'il y a des succursales comprises dans le fonds de commerce dont on poursuit la vente, il y aura lieu, semble-t-il, bien que le texte n'en parle pas, de procéder à une publicité analogue dans le

ressort du Tribunal de commerce où ces succursales sont situées.

L'officier public doit constater cette publicité par une mention spéciale dans le procès-verbal de vente ; la loi a agi sagement en supprimant la formalité onéreuse du procès-verbal d'huissier.

D'autre part, l'affiche sera insérée, dix jours au moins avant la vente, dans un journal d'annonces légales du ressort du Tribunal de commerce ou, à défaut, du Tribunal civil dans lequel le fond est situé.

La loi n'a pas voulu que le débiteur ou le tiers détenteur puissent retarder la vente, en invoquant les nullités ou les irrégularités de procédure. Elle décide, en conséquence, que le président du Tribunal civil de l'arrondissement, où s'exploite le fonds, statuera sur les moyens de nullité invoqués et que ces moyens de nullité devront être invoqués, à peine de déchéance, huit jours au moins avant l'adjudication.

L'ordonnance ainsi rendue est exécutoire sur minute, non susceptible d'opposition et la Cour, saisie de l'appel, doit statuer dans le délai d'un mois par un arrêt, qui sera aussi exécutoire sur minute.

Enfin, la vente a lieu et nous avons déjà vu que les créanciers inscrits avaient le droit de s'opposer à la vente d'un élément isolé du fonds, et pouvaient exiger qu'il fut mis en vente dans son ensemble. La vente a lieu au jour fixé par le jugement. Elle ne comporte aucune formalité particulière ; le ministère des avoués n'est pas nécessaire.

Le procès-verbal d'adjudication est rédigé séance tenante par l'officier public chargé de la vente. L'adjudication prononcée, le poursuivant et le propriétaire lui-même auront à faire inscrire leur privilège toutes les fois que le prix ne sera pas payé comptant. Il y aurait peut-être eu avantage à attacher de plein droit le privilège à la vente judiciaire.

Aux termes de l'article 21 aucune surenchère n'est possible ; la loi a pensé que lorsque la vente avait lieu conformément aux dispositions précitées avec publicité, concurrence, les créanciers inscrits appelés, toutes les garanties nécessaires étaient réunies et que la procédure de surenchère n'y ajouterait rien.

L'article 19 permet de revendre le fonds à la folle enchère de l'adjudicataire qui ne remplit pas ses obligations. Tel sera le cas de l'adjudicataire qui ne paiera pas la portion du prix qui doit être payée comptant ou qui ne versera pas un acompte mensuel, au bout d'un laps de temps plus ou moins long. De là une différence de fait avec la folle enchère en matière immobilière, laquelle, à raison de la nécessité d'un paiement comptant, suit à bref délai l'adjudication.

La loi se borne à dire que la revente aura lieu selon les formes prescrites par l'article 17. Ce renvoi aux mesures de publicité, édictées par cet article, implique la nécessité d'obtenir un nouveau jugement. Il serait impossible d'indiquer sur les affiches la nouvelle vente et ses conditions, sans avoir au préalable un jugement qui ordonne

cette vente et en fixe les conditions. Ce jugement s'imposera d'autant plus que la revente pourra, comme nous l'avons montré, intervenir parfois très longtemps après la première vente et que le fonds pourra avoir, dans l'intervalle, subi des modifications importantes.

Tout intéressé pourra poursuivre le jugement, propriétaire antérieur, créanciers nantis, même les créanciers chirographaires. Devant quel Tribunal ?

La loi est muette sur ce point ; faudra-t-il appliquer le principe qui enlève aux Tribunaux de commerce la connaissance de l'exécution de leurs jugements et donner compétence aux Tribunaux civils ? Une telle solution serait contraire aux intentions certaines du législateur qui a voulu faire profiter les créanciers en cette matière des facilités et des rapidités de la procédure commerciale.

Quant aux effets de la folle enchère, ils seront les mêmes qu'en matière immobilière. L'article 19, § 2, stipule que le fol enchérisseur sera tenu, envers les créanciers du vendeur et du vendeur lui-même, de la différence de prix entre celui qu'il avait promis et celui de la revente, sans pouvoir réclamer l'excédent s'il y en a un, les excédents reviendraient aux créanciers ou à défaut au précédent propriétaire.

Enfin, l'adjudicataire, qui ne remplirait pas ses obligations, ne pourrait pas échapper à la folle enchère en revendant le fonds à un sous-acquéreur, qui les remplirait en son lieu et place.

D. *Droit de réalisation forcée.* — Lorsque le gage est

demeuré entre les mains du débiteur, le créancier nanti et le vendeur ont aussi le droit de le faire vendre et la procédure à suivre est identique, avec cette seule différence qu'il n'y a qu'un seul défendeur. Le créancier peut ne saisir qu'un des éléments du fonds, mais les intéressés puisent dans l'article 20 de la loi le droit de faire mettre en vente le fonds global. Le poursuivant, qui ne se conformerait pas aux dispositions de l'article 20, pourrait encourir des dommages-intérêts au regard des créanciers, auxquels il n'aurait pas fait les notifications.

E. *De la purge au profit du tiers acquéreur.* — La loi de 1909 ayant reconnu au vendeur et au créancier nanti un droit de suite, devait nécessairement comme corollaire permettre au tiers acquéreur de libérer son fonds en purgeant. M. Percerou, dans le rapport déjà cité si souvent, disait : « La purge se comprend pour les fonds de commerce aussi bien que pour les immeubles et les navires. Elle faciliterait la circulation et d'ailleurs elle n'offrirait pas plus de difficulté en cette matière qu'en matière hypothécaire, puisque, comme en matière hypothécaire, les charges à purger sont soumises à la même publicité par voie d'inscription et que l'acquéreur peut, par conséquent, en avoir connaissance. » Cependant la purge présente le double inconvénient de réaliser pour les créanciers un paiement anticipé et de faire déchoir le débiteur du bénéfice du terme.

La purge n'est en principe nécessaire qu'après une vente amiable ; il n'y a pas de surenchère possible après

une vente ordonnée judiciairement. Mais elle peut intervenir après toute vente amiable quelconque. Cependant, comme l'acquéreur qui purge ne doit pas être tenu personnellement de la dette il n'y aura pas de purge pour l'héritier qui recueille le fonds à la suite d'un partage, car il est censé en principe, au moins quand c'est un héritier universel, continuer la personne du défunt.

Mais l'acquéreur à titre gratuit peut également purger en offrant le prix d'estimation du fonds de commerce dont parle l'article 22, § 2, de la loi nouvelle.

L'acquéreur qui veut purger doit faire aux créanciers inscrits des notifications destinées à leur faire connaître ses propositions et à les mettre à même d'apprécier si le prix offert par l'acquéreur est suffisant pour le désintéresser intégralement.

Les notifications doivent intervenir aux termes de l'article 22, § 2, avant toute poursuite ou dans la quinzaine de la sommation de payer à lui faite.

Elles devront être faites aux créanciers inscrits au domicile par eux élus dans leurs inscriptions; mais elles ne doivent l'être qu'à ceux qui étaient inscrits avant la vente.

Si le propriétaire prend l'initiative de la purge, aucun délai ne lui est imparti pour faire les notifications.

L'article 22, § 2, indique quelles sont les mentions qui doivent figurer dans ces notifications. Ce sont toutes celles permettant à chacun des créanciers inscrits de déterminer et d'apprécier, à première vue, si le prix offert permettra de

le désintéresser ou si au contraire il n'a pas intérêt à surenchérir.

Un délai de quinze jours est imparti à chaque créancier pour prendre parti. Ce délai n'est pas susceptible d'augmentation à raison de la distance entre le domicile élu et le domicile réel (article 23, § 2). Cette dérogation au droit commun est destinée à abrégier la durée de l'incertitude du tiers acquéreur.

Si les créanciers acceptent le prix offert ou ne font pas la surenchère, le fonds est considéré comme libéré de tout privilège. L'acquéreur n'a qu'à payer son prix ou à le consigner. Sauf convention contraire, les frais de la purge demeurent à la charge du vendeur.

Si un créancier estime le prix insuffisant, il peut faire une surenchère du dixième.

Elle doit être notifiée au tiers acquéreur et au débiteur précédent propriétaire dans la quinzaine des notifications (article 23, § 2).

Elle doit contenir obligation de porter le prix principal, non compris le matériel et les marchandises, à un dixième en plus.

Enfin le surenchérisseur doit offrir de donner caution ou justifier d'une solvabilité suffisante (article 23, § 1).

La signification doit porter assignation devant le Tribunal de commerce de la situation du fonds pour voir statuer en cas de contestations sur la validité de la surenchère, sur l'admissibilité de la caution ou la solvabilité du surenchérisseur et voir ordonner qu'il sera procédé à la mise

aux enchères publiques du fonds avec le matériel et les marchandises qui en dépendent et que l'acquéreur surenchéri sera tenu de communiquer son titre et l'acte de bail à l'officier public.

Cette réquisition profite à tous les créanciers ; le réquérrant ne peut s'en désister que du consentement unanime des intéressés. Le nouveau propriétaire ne pourrait en faire cesser les effets en remboursant le surenchérisseur. Enfin elle enlève au propriétaire acquéreur le droit de faire sur le fonds des actes de dispositions. La loi le nomme de droit administrateur séquestre. S'il se désiste le Tribunal nommera un administrateur (article 23, § 3).

Si l'adjudication est prononcée au profit d'un autre que l'acquéreur primitif, tiers ou créancier surenchérisseur, le droit de l'acquéreur évincé est rétroactivement annulé. Mais l'adjudicataire ne devient propriétaire que du jour de l'adjudication. Il doit prendre le matériel et les marchandises en sus du prix d'adjudication, à dire d'expert (article 23, § 7). Cette disposition s'explique à raison de la variabilité dans la consistance et la valeur des marchandises entre une vente et une revente. Quant au recours du tiers acquéreur évincé contre son vendeur, il s'exerce purement et simplement dans les termes du droit commun.

CONCLUSION

Ce n'est pas au bout de deux ans que l'on peut apprécier très exactement les effets de la loi nouvelle. On peut cependant estimer que la loi du 19 mars 1909 et celle du 1^{er} avril suivant ont introduit des réformes heureuses auxquelles on ne pourra par la suite apporter que peu de changements.

M. Bouvier Bangillon termine son commentaire de la loi nouvelle par cette déclaration quelque peu pessimiste : « De loi aussi confuse, obscure, difficile à expliquer en elle-même et par la complexité des principes qu'elle met en mouvement, je n'en connais guère ». La vérité est que cette loi avant d'être jugée — ses détails paraissent au surplus, bien que multiples, judicieusement réglés — doit être soumise à l'épreuve de la pratique. Elle est sans doute encore mal connue du petit commerce pour lequel surtout elle est faite, et auquel sa judicieuse utilisation pourra rendre les plus grands services.

Sans doute, le privilège du vendeur va-t-il devenir une protection efficace et peu dangereuse pour le crédit des

tiers, à raison de la publicité qui l'entoure et de la faculté de purger reconnue au tiers-acquéreur.

Au contraire, il serait possible que les nantissements devinssent plus rares, à raison des dangers qui résultent de l'exigibilité immédiate des créances chirographaires, à raison aussi de leur portée plus restreinte résultant de l'exclusion des marchandises. Les faveurs accordées aux créanciers chirographaires « publicité légale, oppositions, droit de surenchère » auront, comme le fait remarquer M. Cordelet, surtout une valeur préventive. Les dissimulations de prix jusqu'à maintenant si courantes deviendront absolument inefficaces et vaines. Le droit de surenchère du sixième sera sans doute rarement utilisé ; mais la loi aura d'autant mieux atteint son but que les armes forgées par elle contre la mauvaise foi auront moins l'occasion de s'exercer. Il en sera sans doute ainsi du droit de suite. Il sera sans doute assez rare de le voir exercer au moins par le vendeur. Beaucoup d'actes de vente contiennent en effet une clause aux termes de laquelle, en cas de revente, le solde du prix impayé est versé directement, par le sous-acquéreur, entre les mains du premier vendeur ou représenté par un certain nombre d'effets souscrits par le sous-acquéreur au nom du vendeur. Ce dernier a donc le droit de faire saisir et vendre le fonds entre les mains de cet acquéreur, sans avoir recours au mécanisme du droit de suite ; cependant le droit de suite confère au vendeur le droit d'être préféré aux créanciers chirographaires de l'acquéreur et, à ce titre, il conserve une importance considérable ; d'autre

part, la clause peut toujours être violée et le droit de suite reprendre alors toute son importance exclusive. Enfin il conserve surtout une vertu préventive.

Mais la loi de 1909 comporte évidemment quelques imperfections de détail et l'on peut formuler au point de vue de ses innovations quelques réserves.

Le principal reproche que l'on puisse lui adresser, c'est d'avoir hésité à donner au droit du vendeur ou du créancier gagiste le nom d'hypothèque. C'est une véritable hypothèque mobilière qu'elle a consacrée ? Elle aurait dû le proclamer formellement. Ceci n'est pas une question de mot. On aurait évité ainsi bien des controverses doctrinales et des conflits qui s'élèveront en pratique, par exemple, entre le vendeur du fonds et le créancier muni d'une hypothèque sur l'immeuble où s'exploite le fonds ou de l'un des privilèges généraux. Il est également un certain nombre de dispositions complémentaires dont l'adoption désirable rendrait vaines toutes tentatives de fraudes ?

Il y aurait lieu de décider que tout nantissement devrait être annulé lorsque sa constitution serait postérieure à une demande en justice tendant à la vente du fonds et suivie d'une décision ordonnant cette vente.

De même, il y aurait lieu de prendre en considération le vœu de la loi qui sectionne le privilège du vendeur en trois éléments distincts, et de décider, contrairement à un usage suivi en pratique par le vendeur avant la loi, que celui-ci ne pourra plus désormais prendre un nantissement sur le

fonds vendu et cumuler ainsi l'indivisibilité qui en résulte, avec le privilège que la loi lui confère.

Il faudrait enfin organiser une procédure de distribution du prix aux créanciers, confiée au Tribunal de commerce et plus rapide que celle de la faillite.

Il faudrait aussi, peut-être restreindre encore davantage, au profit des créanciers du fonds de commerce, les droits du bailleur de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité.

Mais deux questions plus graves ont attiré et retenu l'attention du monde du commerce. N'y aurait-il pas lieu de créer sur le fonds de commerce une institution analogue à l'hypothèque légale et à l'hypothèque judiciaire ? Sans doute l'hypothèque judiciaire a été attaquée, mais elle apparaîtrait ici comme un moyen de fournir aux créanciers, qui ont fait confiance au commerçant sans exiger de nantissement, une garantie sérieuse dès lors qu'ils auraient obtenu condamnation contre le débiteur. Cette hypothèque ne nuirait ni au vendeur ni au créancier gagiste, mais elle permettrait d'éviter la fraude qui consiste, pour un débiteur peu scrupuleux sous le coup de poursuites de la part de ses créanciers, à constituer un nantissement au profit d'un tiers complaisant, lequel est opposable aux créanciers ayant obtenu jugement si ce nantissement n'a pas été consenti après le jugement intervenu : sans doute les créanciers auront toujours la ressource de demander l'annulation de ce nantissement et de la faire prononcer s'ils établissent qu'il a été réellement consenti en fraude de leurs droits, mais ils devront alors courir les risques, les frais et les aléas d'un procès. Ne serait-il

pas plus simple de leur accorder une hypothèque qui prendrait rang à dater de la demande en justice ? L'accord se ferait plus aisément encore au sujet de la création d'une hypothèque légale. Elle serait indispensable au mineur, à la femme mariée, à l'interdit lorsque, comme il arrive souvent, le fonds de commerce constitue toute la fortune du tuteur ou du mari. Il suffirait que cette hypothèque fût soumise à une publicité indispensable en matière commerciale, dont il appartiendrait à la loi nouvelle de régler les détails.

Enfin certains commerçants ont exprimé le désir de voir le privilège du vendeur devenir privilège légal, c'est-à-dire existant par le seul fait de la vente, comme le privilège du vendeur d'immeuble qui est conservé par le seul fait de la transcription de la vente, le conservateur des hypothèques devant prendre d'office une inscription spéciale. Il est également légitime, que le vendeur d'un fonds de commerce soit toujours privilégié sur la valeur du fonds qu'il a mis dans le patrimoine de l'acquéreur demeuré débiteur du prix. Il ne faut pas qu'une négligence, l'expiration d'un délai, puisse le priver d'une garantie aussi légitime. Reste à savoir comment l'on pourrait organiser cette publicité d'office du privilège. Il ne saurait être question de la rattacher à la transcription de l'acte de vente, qui n'intervient pas ; mais on pourrait la rattacher à la formalité de l'enregistrement ; il n'y aurait qu'à en régler les détails en notant que si la transcription a lieu sur un registre public, il n'en est pas de même de l'enregistrement ;

il faudrait donc organiser une publicité spéciale qui serait unique et dont la réalisation incomberait au fonctionnaire chargé de l'enregistrement sous sa responsabilité personnelle. Nous pensons quant à nous que l'attribution de ce caractère légal complèterait, de la façon la plus heureuse, l'institution du privilège du vendeur du fonds. Il n'y a pour la refuser aucune bonne raison, au moins théorique, car elle répondrait à la fois aux besoins de la pratique commerciale et à l'idéal d'équité qu'ont eu en vue les auteurs de la loi de 1909.

APPENDICE

EXPOSÉ SOMMAIRE DE JURISPRUDENCE

Nous avons, au cours de notre étude doctrinale de la loi du 19 mars 1909, étudié les principales questions dont l'interprétation est souvent délicate, en nous aidant des principes généraux du droit et en essayant de préciser les points douteux : c'est en doctrine pure que nous nous sommes placé, en indiquant, le cas échéant, une décision saillante de la jurisprudence. Nous n'avons pas donné aux développements que comporterait l'étude de cette jurisprudence consécutive à la loi, une ampleur qui ne cadrerait pas avec le but que nous nous sommes tracé *à priori*. Néanmoins, et pour compléter nos explications, il est utile de jeter un coup d'œil rapide sur la jurisprudence et de rappeler sommairement les décisions qui, de près, se rattachent au système que nous avons exposé.

Tout d'abord le vendeur jouit d'un droit de suite et d'un privilège : il peut intenter aussi l'action résolutoire (art. 16 et 22 de la loi de 1909 ; 1654, C. civil et 2 de la loi de 1909).

En ce qui concerne l'action résolutoire nous en avons indiqué les conditions et les formes et le vendeur ne doit pas se contenter du simple dépôt, dans les délais légaux, de l'un des originaux du contrat de vente, à l'effet d'obtenir l'inscription du privilège ; il doit « se conformer aux dispositions de l'article 2, § 4 de ladite loi, qui ordonne que le « vendeur qui exerce l'action résolutoire doit la motifier « aux créanciers inscrits sur le fonds, au domicile par eux « élu dans leurs inscriptions ; le jugement ne pouvant « intervenir qu'un mois écoulé depuis la notification. » Ces conditions, qui ne souffrent, selon nous, aucune difficulté, ont été cependant précisées dans un jugement du Tribunal de commerce de la Seine, du 30 décembre 1909 (1), avec cette caractéristique que le Tribunal a décidé, à juste titre, que l'article 2, § 4 de la loi du 19 mars 1909, contenant une règle de procédure, et, par conséquent, rétroactive, est compris dans les textes visés par l'alinéa 2 de la disposition de cette loi et s'applique aux ventes antérieures à cette loi, dans tous les cas.

Dans le même sens, il a été jugé que la loi du 19 mars 1909, dans son ensemble, n'est pas applicable à une vente intervenue avant qu'elle soit devenue exécutoire. Elle a spécifié ceux de ses articles qui sont applicables aux ventes antérieures à sa promulgation (2).

En ce qui concerne le droit de suite du vendeur, droit

(1) Sirey, *Bull. des Somm.*, 1910, 2, 21 et la Loi du 1^{er} mars 1910.

(2) Trib. com. Seine, 18 nov. 1909, Loi 4 janvier 1910.

établi par l'article 22 de la loi du 19 mars 1909, la jurisprudence a eu à se prononcer dans plusieurs espèces dont nous ne relèverons ici que les principales, relatives soit à l'étendue de ce droit, soit à son mode d'exercice.

Quelle est l'étendue du droit de suite du vendeur ? A cette question le Tribunal de commerce de la Seine a répondu par jugement du 3 mai 1910 (1), où il s'agissait d'une vente antérieure à la loi de 1909, et où le vendeur originaire avait fait inscrire, dans les délais légaux, et dans les formes obligatoires son privilège sur le fonds vendu. Après avoir proclamé, en principe, que ses droits acquis ne pouvaient être considérés par une loi nouvelle — ce qui est un principe indiscutable, — le Tribunal décide qu'il a fait valablement porter son privilège sur l'*universalité* juridique formant son fonds de commerce, c'est-à-dire sur la clientèle, l'achalandage, le matériel, les marchandises et le droit au bail. Bien mieux, ce privilège s'exerce sur cette universalité tout entière, sans qu'il puisse être excipé contre lui du défaut de ventilation de prix d'éléments corporels et d'éléments incorporels, lors de l'inscription, cette ventilation ne pourrait être obligatoire pour les ventes postérieures à la promulgation de la loi.

C'est encore là une décision conforme aux principes que nous avons défendus et en conformité avec les règles générales du droit, en la matière.

(1) Gaz. Pal., 13 juillet 1910.

Il s'en suit que son privilège s'exercera, sauf obstacle possible de la part de l'acquéreur. Comment l'exercera-t-il? Evidemment, en se conformant aux prescriptions de la nouvelle loi et, au besoin, en les invoquant à son profit personnel. C'est ainsi que la Cour d'appel de Douai, dans son arrêt du 17 mars 1910 (1) a déclaré que le vendeur originaire peut exercer librement son droit de suite, acquis en suite de l'accomplissement des formalités prévues par l'article 24 de la loi du 19 mars 1909, et recourir à la revente du fonds de commerce dans les termes de l'article 15, sans qu'on puisse l'obliger à s'en tenir à la faculté de surenchérir. L'acte de vente stipulait qu'en cas de revente la totalité du prix originaire deviendrait immédiatement exigible, et la cour a décidé : 1° qu'après une mise en demeure de payer, demeurée sans effet, le demandeur peut demander au Tribunal l'autorisation de vendre le fonds constituant son gage et 2° (c'est là le point le plus saillant de la décision) que le nouvel acquéreur qui n'a pas recouru à la procédure de la purge réglementée par l'article 22 de la loi de 1909, ne saurait, pas plus du reste que le premier acheteur, prétendre valablement limiter les droits du premier vendeur à la surenchère du 10° prévue par l'article 23 de ladite loi. Faute de purge le tiers détenteur du fonds peut donc être exproprié : nous l'avons soutenu en théorie, et ce système a été corroboré, non seulement par l'arrêt de Douai que nous venons de citer,

(1) S., *Bull. des Som.*, 1910, 2, 36.

mais encore par un arrêt de la 6^e chambre de la Cour d'appel de Paris du 8 mars 1910 (1).

Une autre question s'est soulevée, en pratique, sur l'étendue du droit de suite et du privilège du vendeur d'un fonds de commerce : c'est celle de savoir s'il est possible de repousser la demande de privilège du vendeur d'un fonds de commerce, qui s'est conformé aux prescriptions légales, pour le motif qu'il aurait été admis, antérieurement à la loi nouvelle au passif de l'actif chirographaire de son acquéreur et se trouverait ainsi lié par le contrat judiciaire intervenu à cette date ?

C'est là une hypothèse intéressante et délicate à résoudre qui a donné lieu à deux arrêts contradictoires : le premier en date est celui de la 9^e chambre de la Cour d'appel de Paris, qui décide que l'inscription du privilège, dans les termes de la loi de 1909, est opposable à la faillite et à la liquidation judiciaire de l'acquéreur, et que l'article 550 du Code de commerce n'est pas applicable au privilège et à l'action résolutoire du vendeur d'un fonds de commerce. Le motif principal sur lequel s'appuie l'arrêt est que la vérification et l'admission du vendeur au passif chirographaire ne constituent pas un règlement définitif en ce qui concerne la nature et le caractère privilégié de la créance ; qu'elles n'impliquent pas novation, le vendeur n'ayant pu renoncer à un privilège, dont il était alors privé, par l'avènement de la faillite et dont il n'a été rétroacti-

(1) *Gaz. Pal.*, 21, 22, 23 mai 1910.

vement remis en possession que par la loi du 17 mars 1909 (1).

Le second arrêt est un arrêt de la 7^e chambre de la même Cour qui a statué, nous l'avons dit, en sens absolument contraire, « considérant que le privilège du vendeur ne peut être exercé contre la faillite par application de l'article 550 du Code de com. ; que la faillite ayant été déclarée le 14 août 1908, la loi du 17 mars 1909 n'a pu porter atteinte au droit acquis qu'avait la masse de se prévaloir de l'article 550 précité (2) ».

La question, on le voit, est une question de principe, dont est saisie, à l'heure actuelle, la Cour de cassation. Faut-il dire avec l'arrêt de la 9^e chambre que l'inscription fait revivre rétroactivement avec ses conséquences le privilège du vendeur, et ce, parce que le texte de la loi de 1909 n'a fait aucune distinction à cet égard et que rien n'autorise, en conséquence, de distinguer suivant la date de déclaration de faillite, qu'elle soit antérieure ou postérieure à la loi de 1909 ? Faut-il, au contraire, décider que la loi de 1909 n'a aucun effet rétroactif ? Nous sommes portés à admettre de préférence la décision de la 9^e chambre qui nous semble correspondre au vœu du législateur de 1909.

Ajoutons que, dans le même ordre d'idées, c'est-à-dire relativement à la rétroactivité de la loi de 1909, le Tribunal de commerce de la Seine a rendu un jugement dans le

(1) *Le Droit*, 10 juin 1910.

(2) Paris, 18 déc. 1909. *Le Droit*, 10 juin 1910.

sens que nous disons (1). La loi de 1909, pose en principe le Tribunal de commerce; ne dépossède pas au profit des vendeurs les créanciers inscrits antérieurement, "quelle que soit la date de leur nantissement."

La seule portée du § 1 de l'article 2 de cette loi est de donner, à charge d'inscription dans le délai prévu, un droit d'antériorité aux vendeurs de l'ancien régime sur les créanciers nantis avant eux, dans le mois même de la promulgation de la loi. En conséquence le créancier nanti antérieurement à la loi qui renouvelle une inscription prise jadis en conformité de la loi du 1^{er} mars 1898, a un droit acquis qui constitue à primer ceux du vendeur, comme ils le faisaient sous l'empire de l'ancienne législation.

Telles sont les principales décisions judiciaires que nous avons relevées depuis la promulgation de la loi du 19 mars 1909, relatives au droit de suite et à l'exercice du privilège du vendeur.

Nous n'insisterons pas sur le droit pour le bailleur de l'immeuble dans lequel s'exploite le fonds de commerce, de demander la résiliation du bail, soit amiablement, lorsque ce mode de résiliation est prévu au contrat, soit judiciairement, dans les autres cas. Le bailleur conserve intact son droit, sauf à notifier sa demande aux créanciers inscrits et à ne prendre jugement qu'un mois après l'accomplissement de cette formalité. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour d'appel de Paris (2^e ch.), le 14 dé-

(1) T. de com. de la Seine, 21 septembre 1910. Sir., 1911. Bull. des Som., 2, 4.

cembre 1909 (1), ajoutant au surplus que le propriétaire de l'immeuble reste libre de se pourvoir devant le Tribunal civil, ou de s'adresser, pour l'expulsion, au juge des référés, s'il y est autorisé par une clause du bail.

Que décider du privilège du créancier nanti ? Les règles que nous avons posées dans la partie théorique de notre étude ne semblent devoir soulever aucune difficulté pratique, quant à l'exercice du droit de suite et du privilège du créancier gagiste. Sous l'empire de la loi de 1898, l'inscription du nantissement avait pour effet de mettre le créancier nanti dans la même situation, en ce qui touche la réalisation de son gage, que celle que procure à un créancier pourvu d'un gage corporel, la détention de ce gage. Le créancier nanti sous l'empire de cette loi qui a accompli les formalités prescrites par l'article 24 de la loi du 19 mars 1909, peut-il poursuivre la vente du fonds, s'il est détenu par un tiers, en se conformant aux dispositions de l'art. 16 de la loi de 1909 ? — Oui, a répondu la Cour de Paris, le 18 décembre 1909 (2).

« Considérant que Benoît ne méconnaît pas que, si le
« premier acquéreur Hamelin avait aliéné le fonds de
« commerce, frappé de nantissement, depuis la mise en
« vigueur de la loi du 19 mars 1909, le *droit de suite*,
« édicté par l'art. 22 de ladite loi, en faveur du créancier
« nanti, laisserait à Salvan, le droit d'exiger le recouvre-
« ment de sa créance ; mais qu'il prétend, qu'à raison de

(1) *Le Droit*, 11 février 1910.

(2) *Le Droit*, 17 février 1910.

« l'aliénation intervenue avant la loi du 19 mars 1909,
« Salvan ne jouirait plus que d'un droit de préférence sur
« le prix de cette aliénation, la législation alors existante,
« lui déniait un droit de suite, sur le fonds donné en
« nantissement.

« Mais, considérant que l'inscription avait et devait
« avoir pour conséquence, etc... »

C'est donc bien la consécration du droit qui est reconnu au créancier nanti.

En ce qui concerne les droits des créanciers chirographaires, la jurisprudence a été appelée à se prononcer, pour déterminer la portée et le mode d'exercice de leurs droits...

Elle a d'abord posé le principe que, relativement à l'opposition au prix de vente d'un fonds de commerce, établie par l'article 3, § 4 de la loi du 19 mars 1909, au profit de tout créancier d'un commerçant, même au cas où sa créance ne serait pas exigible, cette opposition, qui doit être faite dans les dix jours de la seconde insertion, doit être faite, en conformité des articles 557 et suiv. du C. de Pr. civ. : en d'autres termes, ceux-là seuls pourront faire opposition, qui seront nantis, soit d'un titre, soit d'une permission du juge. La loi n'a pas, sur ce point, dérogé au droit commun (1).

Elle a décidé, en outre, que les oppositions faites par les créanciers du vendeur d'un fonds de commerce, con-

(1) Trib. Seine (référés) 21 décembre 1909. S. 1910. *Bul. som.*, 2, 4, et Loi du 13 janvier 1910.

formément à la loi, donnent à ces créanciers le droit de venir en *concours utile*, sur le prix de vente avec le créancier qui a employé, ultérieurement, la voie d'une saisie-arrêt régulière, qu'il a fait valider par un jugement devenu définitif, sans qu'il soit besoin, pour eux, de suivre les formalités prescrites par les art. 563 et suivants du C. de Pr. civ. — L'invitation, faite au débiteur, constitue, en réalité, un acquiescement donné d'avance, qui dispense les créanciers de recourir aux formes onéreuses de la saisie-arrêt. Cette décision juridique est, en tous points, acceptable et rentre dans l'esprit du législateur de 1909, et nous y souscrivons sans hésitation (1).

Les créanciers opposants sont donc tous sur le même pied d'égalité, et la Cour d'appel de Paris (6^e ch.), a décidé que si les créanciers d'un commerçant, qui a donné à la vente la publicité consacrée par l'usage, avant la loi de 1909, se sont réunis et ont établi, entre eux, un pacte assurant à tous un partage au marc le franc, avec dispense de procéder par voie de saisie-arrêt, l'un d'eux ne peut prétendre, vis-à-vis des autres, à une situation privilégiée, en se prévalant d'une décision, qui a déclaré valable une saisie-arrêt, pratiquée contrairement au pacte commun.

Elle a décidé enfin, en matière d'apport d'un fonds de commerce à une société déjà constituée, que le créancier de l'associé qui a fait l'apport, doit, dans la quinzaine de la publication de l'acte de société, faire au greffe du Tri-

(1) Trib. de Toulouse, 3 décembre 1908. S., *Bull. des Som.*, 1909, 2, 4.

bunal de commerce, une déclaration faisant connaître sa qualité de créancier et la somme due (art. 7 de la loi du 19 mars 1909). Dans l'espèce soumise à la Cour de Pau, le 23 novembre 1910 (1), l'appelante avait fait une déclaration, pour une somme de 4.000 francs, due pour arrérages courus d'une pension mensuelle, et réclamait à la société les arrérages courus depuis. La Cour a estimé que l'appelante étendait sa déclaration faite au greffe, et que « si elle avait voulu que la société fût débitrice des arrérages à courir jusqu'à la solution définitive, elle aurait dû formellement l'indiquer, tandis qu'elle a limité sa demande aux arrérages échus, le 5 septembre 1910 ». Aux termes de cet arrêt, la déclaration doit donc être faite régulièrement, et contenir le montant réel, au jour de l'inscription prévue par l'article 7 ; ce qui paraît logique, étant donné que cette déclaration est le point de départ du délai accordé aux associés, de poursuivre l'annulation de l'apport et de leur engagement solidaire, vis-à-vis des créanciers inscrits.

Cela dit, concernant les droits du vendeur et des créanciers, il nous reste à envisager quelques points de procédure solutionnés par la jurisprudence.

Et d'abord, quel est le tribunal compétent pour juger des contestations se rapportant à la vente et au nantissement des fonds de commerce ? Comment faut-il interpréter la loi de 1909 ? Nous avons eu l'occasion d'étudier cette

(1) Sirey, 1911, 2, 15.

question en doctrine. La jurisprudence, elle, a donné deux interprétations absolument opposées, quant au droit pour le bailleur de l'immeuble dans lequel s'exploite le fonds grevé d'inscriptions, de demander la résiliation du bail.

Le Tribunal civil de Montreuil-sur-Mer, le 11 mars 1910 (1), décide qu'en ce cas, c'est le Tribunal de commerce qui est compétent, tandis que la Cour d'appel de Paris (6^e Ch.), par arrêt du 14 décembre 1909 (2), a décidé que cette demande doit être portée devant le tribunal civil.

La thèse du tribunal civil de Montreuil ne nous paraît pas devoir être admise d'une façon absolue, car la loi de 1909 n'a pas donné compétence aux Tribunaux de commerce, pour toutes les actions qui se rapportent à la vente ou au nantissement des fonds de commerce. Il résulte, en effet, de l'article 17, que le juge des référés est compétent pour statuer sur les moyens de nullité de la procédure de vente antérieure à l'adjudication et sur les dépens. De plus, dans la discussion au Sénat, où cette question a été des plus agitées, l'article 14 n'est pas mis en jeu et n'est pas, par conséquent, compris dans l'innovation. En réalité, ce que le législateur a voulu, c'est laisser aux Tribunaux de commerce, le soin de juger toutes les questions qui ont un caractère essentiellement commercial, qui rentrent, pour ainsi dire, dans les attri-

(1) Gaz. Trib., 10 avril 1910.

(2) Gaz. Pal., 18 janvier 1910, et la loi 26 mai 1910.

butions et la compétence spéciale des tribunaux de commerce. Et l'on ne voit pas comment le simple fait de louer un immeuble pour l'exploitation d'un fonds de commerce, pourrait modifier la compétence des Tribunaux de droit commun. Mais, on comprend que le fait de déplacer un fonds de commerce rentre plutôt dans le pouvoir d'appréciation des juges consulaires, ainsi que toutes autres questions liées plus intimement par leur caractère commercial, à l'exploitation même de ce fonds. Il nous paraît donc que cette question de résiliation du bail doit être de la compétence des tribunaux civils, ainsi que l'a décidé la Cour de Paris.

Une autre question s'est posée, en jurisprudence, sur le terrain d'interprétation de l'article 5. Elle est relative à la surenchère du sixième. A quel moment faut-il se placer, pour apprécier si le prix est suffisant pour désintéresser les créanciers ?

La Cour de Grenoble (2^e Ch., 28 janvier 1910), a décidé qu'il y a lieu de se reporter, pour apprécier la suffisance ou l'insuffisance du prix, au moment où s'engage l'instance en validité de surenchère, car, dit-elle, en substance, à ce moment, des retraits d'oppositions pratiquées en vertu de l'article 5, par les créanciers du vendeur d'un fonds de commerce, qui ont inscrit leur privilège, peuvent avoir réduit le montant total des oppositions, à une somme inférieure au prix de vente. En ce cas, le créancier surenchérisseur aurait perdu tout intérêt à la continuation de la procédure. La Cour a fait application de ce principe

dans l'hypothèse d'une cession de fonds de commerce, moyennant paiement d'une rente viagère, et décidé que le prix originaire du fonds devait être, en ce cas, comparé au montant des créances (1).

Cette décision est conforme aux travaux préparatoires et à la discussion, au Sénat, de la loi de 1909.

Enfin, en matière d'appel, le Tribunal de commerce de la Seine (26 novembre 1909) (2), a décidé que le jugement ordonnant la vente d'un fonds de commerce et nommant un administrateur provisoire, est exécutoire sur minute et non susceptible d'opposition, l'appel seul étant suspensif. Il a, par ce même jugement, décidé que, pendant le délai dans lequel la vente doit avoir lieu, sur la demande du débiteur, les poursuites de saisie-exécution, ou à fin de faillite, sont suspendues, sous peine de paralyser l'application de l'article 13 de la loi de 1909, ce qui nous paraît indiscutable.

Nous en avons ainsi terminé avec ce résumé de jurisprudence. Il en ressort que, si, sur la plupart des points, les tribunaux ont jugé dans le sens le plus large, en s'aidant des travaux préparatoires de la loi et de l'esprit général qui a animé le législateur, il est malheureusement des points essentiels sur lesquels l'accord n'a pu se réaliser, tel le point capital de la compétence. Au surplus, la jurisprudence n'est encore qu'à l'état de formation, et

(1) Grenoble, 2^e Ch. 28 janvier 1910. *Sir.*, *Bul. des Som.*, 1910, 2, 28.

(2) Loi 11 décembre 1909. *S.*, *Bull. som.*, 1910, 2, 53.

tout porte à croire que, sous peu, la Cour de cassation aura définitivement réglé les points douteux que nous avons signalés dans cette courte étude.

Vu, le doyen,

P. CAUWÈS

Vu le président de la thèse,

ALBERT TISSIER.

Vu et permis d'imprimer

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.



TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

CHAP. I. — Nature juridique du fonds de commerce . . .	13
CHAP. II. — Droits des créanciers du commerçant sur le fonds de commerce avant la loi du 19 mars 1909	28
<i>Section I.</i> — Créanciers chirographaires	28
<i>Section II.</i> — Vendeurs du fonds de commerce. .	34
<i>Section III.</i> — Créanciers nantis.	46

DEUXIÈME PARTIE

CHAP. I. — Historique de la loi du 19 mars 1909	59
CHAP. II. — Droits des créanciers du commerçant sur le fonds de commerce après la loi du 19 mars 1909	72
<i>Section I.</i> — Créanciers chirographaires	72
<i>Section II.</i> — Vendeurs du fonds de commerce. .	97
A) Privilège du vendeur	97
a) Conditions de fond d'existence du privilège.	100
b) Etendue du privilège et de la créance ga- rantie	101
c) Conditions de forme	116
d) Evénements qui arrêtent la prise des ins- criptions	126
e) Effets du privilège du vendeur	130

f) Extinction du privilège du vendeur . . .	131
B) Action résolutoire	140
Section III. — Créanciers nantis.	148
A) Conditions d'existence du nantissement. .	148
B) Etendue du nantissement	154
C) Effets du privilège du créancier gagiste. .	156
D) Modes d'extinction du privilège du créan- cier nanti	162
CHAP. III. — Questions de procédure	163
A. — Procédure de réalisation du gage par les créanciers chirographaires	163
B. — Surenchère du sixième	170
C. — Mode d'exercice du droit de suite. . .	170
D. — Droit de réalisation forcée	178
E. — De la purge au profit du tiers acqué- reur	179
CONCLUSION	183
APPENDICE	189

